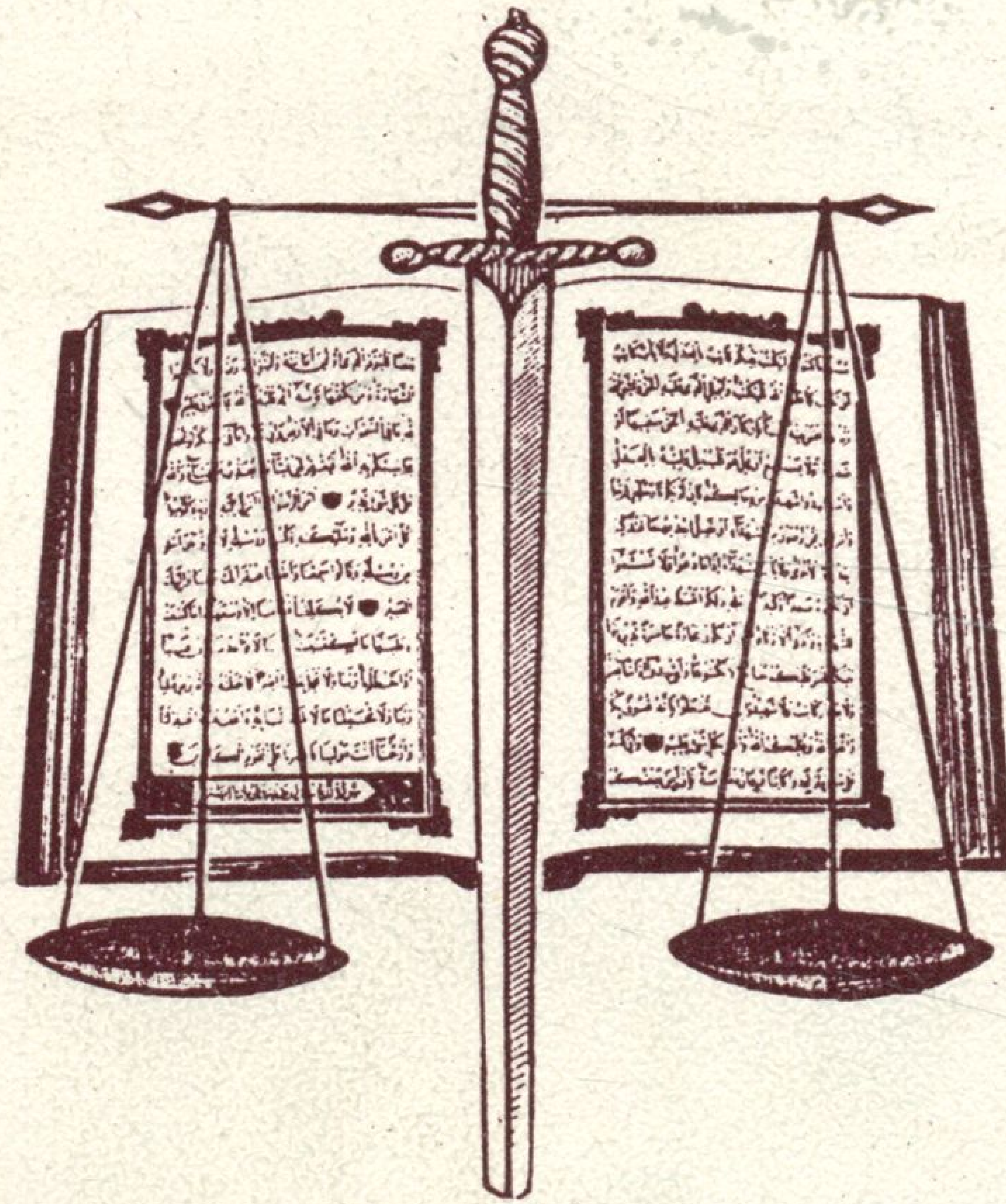
منشورات الجامعة الأردنية



مصادر الالتزام
في القانون المدني الاردني

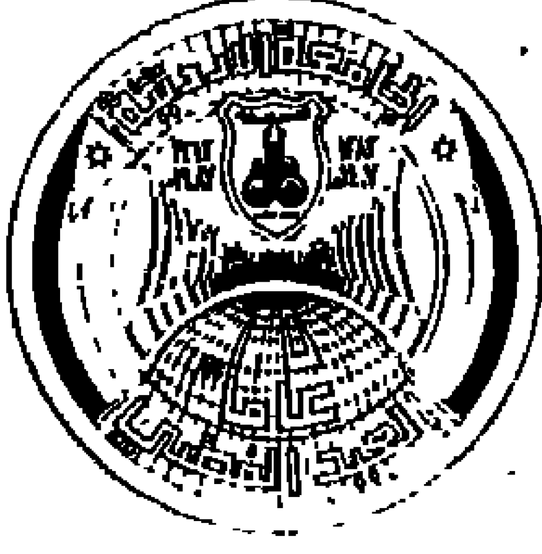
«دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي»



تأليف
الدكتور أنور سلطان
عميد كلية الحقوق ونائب رئيس جامعة الاسكندرية (سابقا)
الاستاذ الزائر بكلية الحقوق في الجامعة الاردنية



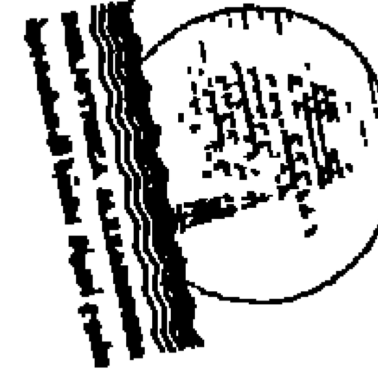
الطبعة الأولى عمان ١٩٨٧



منشورات الجامعة الأردنية

مصادر الالتزام
في
القانون المدني الاردني

(دراسة مقارنة بالفقة الاسلامي)



تأليف

الدكتور انور سلطان

عميد كلية الحقوق ونائب رئيس جامعة الاسكندرية (سابقا)
الاستاذ الزائر بكلية الحقوق في الجامعة الاردنية

الطبعة الأولى

عمان ١٩٨٧

٣٤٧,٩٥٦٥
أنو أنور سلطان
مـصـادر الالـتـزام في الـقانون المدني الأردني/ أنور سلطان. ــ عمان :
الجامعة الأردنية، ١٩٨٧.
(٤٤٤) ص
ر. أ (١٩٨٧/٨/٣٥٠)
١ ــ القانون المدني ــ الأردن أ) العنوان
(تمت الفهرسة بمعرفة مديرية المكتبات والوثائق الوطنية)

مقــدمــة

التعريف بالالتزام ومصادره

١ ـ موضوع نظرية الالتزام : موضوع نظرية الالتزام هو الحق الشخصي، و يطلق عليه اسم الحق إذا نظر إليه من ناحية الدائن أي باعتبار وجهه الايجابي، و يطلق عليه اسم الالتزام إذا نظر إليه من ناحية المدين أي بأعتبار وجهه السلبي، ذلك أن الحق الشخصي أو الالتزام رابطة ما بين شخصين دائن ومدين، بمقتضاها يطالب الدائن المدين بأداء معين هو إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

واصطلاح الحق الشخصي أو الالتزام اصطلاح مأخوذ عن الفقه الغربي المشتق من القانون الروماني؛ أما الفقه الاسلامي فلم يرد فيه هذا الاصطلاح بالمعنى الذي حددناه؛ فلفظ «الحق» في الفقه الاسلامي ينصرف إلى جميع الحقوق المالية وغير المالية، فيقال حق الله وحق العبد؛ و ينصرف إلى ما ينشأ عن العقد من التزامات غير الالتزام الذي يعتبر حكم العقد، فعقد البيع مثلا حكمه نقل ملكية المبيع أما حقوقه فتسليم المبيع ودفع الثمن.

أما كلمة «الالتزام» فيقصد بها عادة الحالات التي يلتزم فيها الشخص بارادته المنفردة، ونادراً ما تصرف إلى الالتزامات التي يولدها العقد. أما الالتزامات التي تولدها المسؤولية المدنية، تقصيرية كانت أم عقدية، فيطلق عليها اسم الضمانات (١).

لهذا سنلتزم في دراستنا للالتزام المعنى الذي حدده الفقه الغربي، علما بأن هذا الفقه يغلب الجانب السلبي على الايجابي عند دراسة النظرية، فيقال نظرية الالتزام لا نظرية الحق الشخصي، والعلة في ذلك أن الناحية الغالبة هي الناحية السلبية أي الالتزام، ولا أدل على ذلك من إمكان وجود الالتزام دون وجود دائن معين وقت نشوئه كالوعد بالجائزة، أو وجود الالتزام مع امتناع المطالبة به كالالتزام الطبيعي.

٢ ـ التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني : الحق العيني (droit réel) كحق الملكية، سلطة مباشرة لشخص معين على شيء معين (م ٦٩ / ١ مدني أردني)، ولذا فهو يتكون من عنصرين : صاحب الحق وموضوع الحق، ولصاحب الحق بمقتضى هذه السلطة المباشرة أن يستعمل الشيء موضوع الحق وأن ينتفع به، وأن يتصرف فيه دون حاجة إلى وساطة شخص آخر.

---

١. استاذنا المرحوم عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، جـ١ ص ١٤.

أما الحق الشخص (droit personnel) فهو كما عرفته المادة ٦٨ من القانون المدني الاردني «رابطة قانونية بين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن مدينه بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل»؛ وعلى ذلك يتكون الحق الشخصي من ثلاثة عناصر هي: الدائن (sujet actif)، والمدين (sujet passif) موضوع الحق (objet).

وقد انتقد بعض شراح (١) الفقه الغربي التفرقة التقليدية السابقة بين الحق العيني والحق الشخصي لأنها تستند في نظرهم إلى تصو ير خاطىء للحق العيني، إذ هي تصوره على أنه رابطة بين الشخص والشيء، في حين أن الروابط القانونية لا يمكن أن توجد إلا بين الأشخاص؛ ولذا يجب إعتبار الحق العيني رابطة بين أشخاص، وأنه يتكون بدوره من ثلاثة عناصر هي: صاحب الحق (كالمالك بالنسبة لحق الملكية) و يمثل الدائن، والكافة الذين عليهم احترام حق الملكية و يمثلون المدين، وأخيراً الشيء موضوع الحق.

و يقول هؤلاء الشراح ان الذي أدى إلى خفاء عنصر المدين في الحق العيني هو طبيعة الالتزام المفروض عليه، فهو التزام سلبي مؤداه عدم التعرض لصاحب الحق العيني في حيازته للشيء، على أن خفاء هذا العنصر لا يمنع من وجوده، لأن به يفترق المالك عن السارق، فالجميع مطالب باحترام حيازة المالك، ولا أحد يطالب باحترام حيازة السارق.

غير أن هذه المحاولة لم يكتب لها النجاح لأنها مبنية على المغالطات، إذ من المغالطة الزعم بأن النظرية التقليدية تنظر الى الحق العيني على أساس أنه رابطة بين الشخص والشيء، فالنظرية التقليدية لم تقل بهذا، بل اعتبرت الحق العيني سلطة لشخص معين على شيء معين، له أن يباشرها دون حاجة إلى وساطة شخص آخر.

ومن المغالطة كذلك الزعم بانفراد الحق العيني بعنصر الواجب السلبي المفروض على كافة الناس بعدم التعرض لصاحب الحق، لأن الحق الشخصي كذلك يجب على كل الناس احترامه، وإذا أخل شخص بهذا الواجب بأن حرض المدين على عدم الوفاء بما تعهد به، شغلت مسؤوليته و وجب عليه التعو يض؛ أي أن الواجب العام المفروض على الكافة باحترام حقوق الغير لا يقتصر على الحق العيني، بل يمتد كذلك إلى الحق الشخصي؛ ولذا يكون من الخطأ الاعتداد به لتقريب الحق العيني من الحق الشخصي، لأن الحق الشخصي سيظل دائما متميزاً عن الحق العيني بوجود مدين معين يستوفي الدائن حقه بواسطته.

---

١. بلانيول وريبير طبعة سنة ١٩٥٢ جـ٣ بند ٣٧ وما بعدها.

٣ ـ **تطور نظرية الالتزام**: إذا كانت نظرية الالتزام من أكثر أجزاء القانون ثباتاً نظراً لما تتسم به من صفة التجريد، ولما تتصف به من صبغة منطقية، إلا أنه ليس بصحيح ما يزعمه بعض الشراح من أن هذه النظرية التي وضع أسسها فقهاء القانون الروماني لم تنل منها عوامل الزمن ولم تتأثر بسنة التطور(١)، حقيقة أن هذه النظرية كانت أكثر ثباتاً في شقها الخاص بالصياغة القانونية عنها في شقها الخاص بفكرة الالتزام في ذاته، غير أن هذا لا يمنع من أن التطور قد مس الشقين معا، وإن كان أقل أثراً بالنسبة للشق الأول.

ففيما يتعلق بالصياغة القانونية، نجد مثلا أن قاعدة كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يلزم فاعله بالتعويض لم تكن معروفة كقاعدة عامة في القانون الروماني ـ كذلك لم يكن معروفاً في ذلك القانون مبدأ رضائية العقود(٢)، بل كان الأصل فيه الشكلية وكانت الرضائية هي الاستثناء، وهنا يجب التنويه بفضل الشريعة الاسلامية التي أرست مبدأ التعويض عن الضرر كقاعدة عامة، وجعلت من الرضائية الأصل في انعقاد العقد.

أما فكرة الالتزام في ذاته فقد تطورت بفعل عدة عوامل، بعضها اجتماعي، و بعضها اقتصادي، و بعضها أدبي.

وترجع العوامل الاجتماعية إلى سيادة المذاهب الاشتراكية في الوقت الحاضر، وإزدياد تدخل المشرع بالتنظيم في العقود مما ترتب عليه ظهور ما يسمى بالعقد المدار (contrat dirigé) كعقد النقل، وعقد التأمين، والعلة في هذا التدخل أنه ليس بصحيح أن الفرد حر في التعاقد أو عدم التعاقد، بل إن الظروف قد تحمله على التعاقد، ولذا يجب أن يتدخل المشرع للأخذ بيد الطرف الضعيف، وعدم تركه تحت رحمة الطرف القوي كما كان الأمر في ظل المذهب الفردي.

أما العوامل الاقتصادية فترجع إلى أن العصر الحاضر هو عصر الآلات الميكانيكية، وقد أدى التوسع الكبير في استخدام الآلة إلى ظهور نظريات جديدة

---

١ . اعتبر القانون الروماني الالتزام بمثابة رابطة بين الدائن والمدين، وكانت هذه الرابطة تخول الدائن سلطة على جسم المدين وليس على ماله، فكان له استرقاق المدين مثلا.

٢ . عرف القانون الروماني من مصادر الالتزام مصدرين هما الجريمة والعقد. أما الجريمة فكانت تنحصر في أفعال معينة في جريمة السرقة، وجريمة التهديد وجريمة الغش، وجرائم الاضرار بمال الغير التي أضافها قانون «آكيليا».
أما العقود فقد كان الأصل فيها هي العقود الشكلية والعينية ثم ظهرت مع تطور القانون الروماني العقود الرضائية والعقود غير المسماة.
ثم أضيف إلى هذين المصدرين مصدر ثالث عرف باسم «الأسباب المختلفة».

كنظرية تحمل التبعة، وعقد التزام المرافق العامة.

أما العوامل الأدبية، وهي تعد أقدم العوامل في تطوير فكرة الالتزام، فيرجع اليها مبدأ حسن النية الواجب توافره في المعاملات، ونظرية الغبن، ونظرية الكسب بلا سبب، وغير ذلك من النظريات القانونية المعروفة.

٤ ـ **التعريف بالالتزام**: يتوقف التعريف الذي يعطى للالتزام على المذهب الذي يؤخذ به في شأنه، ذلك أن الالتزام يتنازعه مذهبان:

مذهب يغلب الناحية الشخصية في الالتزام باعتباره رابطة بين شخصين، وهذا هو المذهب الشخصي الذي يستند إلى فكرة السلطة التي يخولها الحق لصاحبه. وهذه السلطة قد ترد على شيء كما في الحق العيني، وقد ترد على شخص كما في الحق الشخصي، وهي سلطة كاملة في الحق العيني كالملكية، وكانت كذلك في الحق الشخصي في القانون الروماني قبل تطوره، أما الآن فلا تتناول في الحق الشخصي إلا بعض حرية المدين وجانباً من نشاطه.

أما المذهب الثاني فيغلب الناحية المادية في الالتزام باعتباره رابطة بين ذمتين، أي باعتباره يمثل حقاً في ذمة الدائن، و يمثل ديناً في ذمة المدين، أي باعتباره مجرد عنصر من عناصر الذمة المالية، و بذا يسهل تداوله من ناحية، و يؤدي إلى ثبات المعاملات واستقرارها من ناحية أخرى، وهذا المذهب هو مذهب الشريعة الاسلامية بوجه عام، وهو بالتالي المذهب الذي تأثر به القانون المدني الأردني.

أما القانون المدني المصري، فانه وان ظل على اعتناقه للمذهب الفردي، إلا أنه تأثر الى حد كبير في الكثير من أحكامه بالمذهب المادي من ذلك أنه نظم إلى جانب حوالة الحق حوالة الدين (م ٣٠٢ وما بعدها مدني مصري، و ٩٩٣ وما بعدها مدني أردني)؛ وأجاز الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل وجهة مستقبلة (م ١٥٦ مدني مصري و ٢١٢ مدني أردني)؛ ونظم الوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور (م ١٦٢ مدني مصري و ٢٥٥ مدني أردني).

---

٥ ـ **مصادر الالتزام**: مصدر الالتزام هو الواقعة المنشئة له. وتفرق النظرية الحديثة فيما يتعلق بمصادر الالتزام بين نوعين من المصادر هما: المصادر الارادية (Sources volontaires) والمصادر غير الارادية (Sources non volontaires).

وأساس الالتزام في النوع الأول هو إرادة المدين، وارادة المدين قد تكفي بمفردها لنشوء الالتزام، و يقال في هذه الحالة أن مصدر الالتزام هو الارادة المنفردة، وقد تشترك مع إرادة الدائن في إنشاء الالتزام، و يقال في هذه الحالة أن مصدر الالتزام هو العقد.

أما المصادر غير الارادية فلا دخل فيها لارادة المدين في نشوء الالتزام، وهذه هي القانون والجريمة وشبه الجريمة و يطلق عليهما الآن اسم العمل غير المشروع أو الفعل الضار، وشبه العقد و يطلق عليه اسم الاثراء بلا سبب أو الفعل النافع كما يسميه القانون المدني الأردني.

ولم يعرف القانون الروماني من هذه المصادر في باديء الأمر إلا الجريمة والعقد، ثم أضيف إليهما مصدر آخر أطلق عليه فقهاء الرومان اسم «الاسباب المختلفة» كعمل الفضولي، و إخلال القاضي بواجبات الوظيفة.

وقد حور فقهاء القانون الفرنسي القديم في تصو ير القانون الروماني لمصادر الالتزام، فظهر تقسيم المصادر الذي عرفه قانون نابليون (١) وهي : العقد (contrat) وشبه العقد (Quasi-contrat) والجريمة (délit) وشبه الجريمة (quasi-délit) والقانون (Loi).

إلا أن المشرع الأردني رأى عند وضع القانون المدني (كذلك فعل المشرع المصري) الاكتفاء بعرض مصادر الحق الشخصي أي الالتزام، دون أن يورد نصا يحددها آخذاً بالنهج الذي تسير عليه التقنينات الحديثة، ففي الباب الأول من الكتاب الأول تناول مصادر الحقوق الشخصية، فتكلم : في الفصل الأول في العقد، وفي الفصل الثاني في التصرف الانفرادي، وفي الفصل الثالث في الفعل الضار، وفي الفصل الرابع في الفعل النافع، وفي الفصل الخامس في القانون.

وهذه المصادر يمكن ردها إلى طائفتين : مصادر إرادية وتشمل العقد والتصرف الانفرادي أي الارادة المنفردة، و يطلق عليها اسم التصرف القانوني أو العمل القانوني (acte juridique)، ومصادر غير إرادية وتشمل الفعل الضار أي العمل غير المشروع، والفعل النافع أي الاثراء بلا سبب، وأخيراً القانون، و يطلق على هذه المصادر اسم الواقعة القانونية (fait juridique).

والفرق بين العمل القانوني والواقعة القانونية؛ أن الأول إرادة تتجه إلى

---

١. انظر في انتقاد الترتيب التقليدي لمصادر الالتزام ما ذكره الاستاذ بلانيول من أن تقسيم العمل غير المشروع إلى جريمة وشبه جريمة وفقا لوجود نية التعمد أو تخلفها، لا قيمة له، لا من حيث نشوء الالتزام ولا من حيث أثره، فشبه الجريمة ينشيء التزاما كالالتزام الذي تولده الجريمة والتعو يض في الحالتين يجب للمضرور كاملا.
وشبه العقد بعيد عن العقد لأنه عمل غير إرادي ولذا لا يشترط أهلية فيه كما تشترط لنشوء الالتزام التعاقدي، بل هو أقرب إلى أن يكون عملا غير مشروع لأن أساسه فكرة الاثراء دون حق (المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٤ ص ٢٢٤ وما بعدها).

إحداث أثر قانوني، أما الثانية كواقعة الجوار أو الفعل النافع أو الفعل الضار فهي ظرف أو عمل مادي يرتب القانون على وقوعه أثراً قانونياً، سواء اتجهت الارادة إلى إحداث هذا الأثر أم لا.

وسنبحث أولا في المصادر الارادية ثم في المصادر غير الارادية (١).

---

١. **مراجع عامة في الفقه الغربي :** المؤلف، النظرية العامة في الالتزام، الجزء الأول في مصادر الالتزام سنة ١٩٥٥، ومصادر الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني سنة ١٩٨٣ ـ المرحوم الأستاذ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الأول في مصادر الالتزام سنة ١٩٥٢: والوجيز في شرح القانون المدني «نظرية الالتزام بوجه عام» سنة ١٩٦٦ ـ أحمد حشمت أبو ستيت، مصادر الالتزام سنة ١٩٥٤ ـ المرحوم الأستاذ عبد الحي حجازي، الجزء الأول في الالتزام في ذاته سنة ١٩٥٤ والجزء الثاني في مصادر الالتزام سنة ١٩٥٤ ـ المرحوم الأستاذ محمد كامل مرسي، الجزء الأول في العقد سنة ١٩٥٤ والجزء الثاني في مصادر الالتزام سنة ١٩٥٤ ـ المرحوم الأستاذ محمد كامل مرسي، الجزء الأول في العقد سنة ١٩٥٤ ـ الأستاذ سليمان مرقس في نظرية العقد سنة ١٩٥٦ ـ المرحوم الأستاذ اسماعيل غانم في مصادر الالتزام سنة ١٩٥٧ ـ الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في مصادر الالتزام سنة ١٩٥٨.

مراجع عامة في الشريعة الاسلامية : المرحوم الاستاذ السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي من الجزء الأول إلى الجزء السادس ـ الأستاذ شفيق شحاته، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية ـ الأستاذ بدرو ديب في نظرية الباعث في الفقه الحنفي (بالفرنسية باريس سنة ١٩٥٢) ـ الأستاذ شكري قردامي في القانون والأخلاق (بالفرنسية) الجزء الثاني سنة ١٩٥٤ ـ المرحوم الأستاذ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد ـ المرحوم الأستاذ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية ـ الأستاذ صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية، الجزء الثاني ـ الأستاذ محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه ـ الأستاذ محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي ـ الدكتور حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني، رسالة من جامعة القاهرة سنة ١٩٤٦.

- أما أمهات الكتب في الفقه الاسلامي فنكتفي بالاحالة الى ما ذكرناه في بعض المواضيع من هذا الكتاب، والى ما ذكره المرحوم الاستاذ السنهوري في كتابه في مصادر الحق في الفقه الاسلامي.
- **رسائل الدكتوراة :** الدكتور عبد المنعم البدراوي، أثر مضي المدة في الالتزام، القاهرة سنة ١٩٥٠ ـ الدكتور جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، الاسكندرية سنة ١٩٥٤ ـ الدكتور وليم سليم قلادة، التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري، القاهرة سنة ١٩٥٥ ـ الدكتور جلال العدوي، الاجبار القانوني على المعاوضة، الاسكندرية سنة ١٩٥٧ ـ الدكتور توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، الاسكندرية سنة ١٩٥٧ ـ الأستاذ مصطفى حامد الزرقاء في المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنية وفي فكرة الحق والالتزام ونظريتي الأموال والأشخاص في الفقه الاسلامي ـ الأستاذ حامد مصطفى في الالتزام والعقود في الشريعة الاسلامية.
- **المراجع الأجنبية في الفقه الغربي:** سنكتفي بذكرها في مواضعها من هذا الكتاب.

الكتاب الأول
المصادر الارادية

٦ ــ **المقصود بالمصادر الارادية:** يقصد بالمصدر الارادي للالتزام أو الحق الشخصي التصرف القانوني. والتصرف القانوني كل تعبير عن الارادة يتجه إلى إحداث أثر قانوني كالعقد. والمهم في التصرف القانوني هو اتجاه الارادة إلى ترتيب التزام قانوني، فاذا لم يكن المقصود هو ترتيب التزام فلا يوجد التصرف القانوني. ولمعرفة ما إذا كانت الارادة قد اتجهت إلى إحداث هذا الأثر القانوني أم لا، يجب الرجوع إلى النية والظروف التي صاحبت صدور الارادة. فواجبات المجاملة (obligations mondaines) لا تعتبر التزامات بالمعنى القانوني كدعوة صديق إلى مأدبة عشاء أو نزهة في سيارة، فاذا عدل الداعي أو تخلف المدعو بعد قبوله الدعوة، فلا تترتب على ذلك مسؤلية أي منهما لانتفاء الرابطة التعاقدية في هذه الحالة؛ و يترتب على انتفاء الرابطة التعاقدية في مجال المجاملات الاجتماعية أنه إذا أصيب الصديق في حادثة أثناء ركوبه السيارة فان مسؤولية صاحب السيارة لا تكون مسؤلية تعاقدية بل مسؤلية تقصيرية.

والتصرف القانوني، كما سبق أن ذكرنا، قد يتم بارادتين وهذا هو العقد، وقد يتم بارادة واحدة وهذا هو التصرف الانفرادي.

الباب الأول
العقـــــــد

مقــدمـــة

٧ ـ **تعريف العقد**: يفرق بعض الشراح بين الاتفاق (convention) والعقد (contrat) فيعتبرون الاتفاق جنس (genre) والعقد نوع (espéce) أي يعتبرون الاتفاق أعم من العقد[١]. و يرجع البعض منهم هذه التفرقة إلى أن اصطلاح العقد يجب أن يقتصر على الاتفاقات الهامة أي الاتفاقات التي خصها المشرع باسماء معينة واهتم بتنظيمها كالبيع والاجارة، أما اصطلاح الاتفاق فينصرف إلى غير ذلك من الاتفاقات التي تغص بها الحياة دون أن يكون لها اسم أو تنظيم معين. غير أن هذه التفرقة ليست لها قيمة علمية أو أهمية عملية تذكر[٢].

و يرجع البعض الآخر هذه التفرقة إلى أن الاتفاق تطابق إرادتين على إنشاء التزام كما في البيع، أو على نقله كما في حوالة الحق وحوالة الدين، أو على تعديله كما في الاتفاق على اقتران أجل بالالتزام، أو على زواله كما في الوفاء. أما العقد فهو توافق إرادتين على إنشاء التزام، و بذا يكون الاتفاق أعم من العقد.

وأهمية هذه التفرقة في نظر هؤلاء الشراح تظهر بالنسبة للأهلية، إذ هي تختلف في العقد عنها في الاتفاق، وهذا هو رأي «بوتييه» وغيره من شراح القانون الفرنسي القديم، غير أنه رأي مهجور الآن، لأن الأهلية في العقد تختلف باختلاف العقود، فالأهلية اللازمة للبيع تختلف عن الأهلية اللازمة للايجار، ومع ذلك لا يمكن التفرقة بين مختلف العقود لهذا السبب، فالبيع والاجارة كلاهما عقد، ولذا يذهب الشراح الآن إلى أنه لا فرق بين العقد والاتفاق؛ وأن العقد اتفاق ارادتين على ترتيب أثر قانوني بانشاء التزام أو نقله أو تعديله أو زواله.

هذا في فقه التشريعات المدنية، أما في فقه الشريعة الاسلامية فيتعين لتحديد المقصود بالعقد، التفرقة بين اصطلاحات ثلاث هي العقد والتصرف والالتزام.

فالتصرف قد يتضمن إرادة إنشاء حق لم يكن موجوداً من قبل كالوقف أو اسقاط حق كابراء الدائن للمدين مما عليه من الدين، فانه يتضمن إسقاط حق المطالبة

---

١. اوبرى ورو جـ٤ ص ٤١٤.

٢. بيدان جـ٨ بند١٧.

والمقاضاة الذي كان ثابتاً له بسبب شغل ذمة المدين، وكالتنازل عن الحق في الشفعة، أو قد يتضمن إنهاء حق ثابت كما في الطلاق؛ فان به ينقضي ما كان لكل من الزوجين على الآخر من حقوق مترتبة على عقد الزواج، وقد يكون المقصود من التصرف غير ذلك كالاقرار بحق، فانه اعتراف بثبوت حق وليس إنشاء له، وكاليمين والدعوى على الغير.

والتصرف كما يتم بارادة شخص كما في الأمثلة السابقة، قد يتم بارادة شخصين كما في البيع.

والتصرف كما قد يكون قوليا يتم بارادتين أو بارادة واحدة، قد يكون فعلياً كالغصب والاتلاف والسرقة والقتل.

أما الالتزام فهو نوع من التصرف، بمعنى أن التصرف أعم من الالتزام، فكل التزام تصرف ولا عكس، ذلك أن التصرف قد لا يكون فيه التزام بحق كالدعوى التي يدعيها شخص على آخر، وقد يكون فيه التزام إما بانشاء حق كما في البيع، أو باسقاطه كما في التنازل عن الشفعة، أو بانهائه كما في الطلاق.

وعلى هذا الأساس يعرف فقهاء الشرع الاسلامي التصرف بأنه ما يصدر من الشخص المميز بارادته و يرتب عليه الشارع نتيجة من النتائج سواء كانت في صالح ذلك الشخص أم لا.

أما الالتزام فانه كل تصرف يتضمن إرادة إنشاء حق من الحقوق، أو انهائه، أو اسقاطه، سواء كان من شخص واحد كما في الوقف، أو من شخصين كما في البيع.

أما العقد ـ و يقصد به لغو ياً الاحكام والشد، فيقال عقد الحبل أي شده ـ فان من فقهاء الشريعة الاسلامية من يطلقه على ما يتم بايجاب وقبول أي ما يتم بارادتين كالبيع، وما يتم بارادة واحدة كالطلاق، وهذا هو المعنى العام للعقد وهو معنى لا يختلف عن معنى الالتزام.

ومن فقهاء الشريعة من يقصره ـ وهذا هو الرأي الراجح ـ على ما ينعقد بارادتين، وهذا المعنى الخاص للعقد(1).

٨ ـ **مجال العقد**: يتحدد مجال العقد بالاتفاقات المنشئة للالتزامات بين أشخاص القانون الخاص، فتخرج من مجاله الاتفاقات المتعلقة بفروع القانون العام كالمعاهدة وهي اتفاق بين دولة ودولة أخرى وتحكمها قواعد القانون الدولي العام، والنيابة وهي

---

١. راجع كتاب المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، لفضيلة الاستاذ محمد مصطفى شبلي ص ٣٦٥ وما بعدها. وانظر المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني جـ١ ص ٩٧.

اتفاق بين النائب وناخبيه وتحكمها قواعد القانون الدستوري؛ والوظيفة وهي اتفاق بين الحكومة والموظف وتحكمها قواعد القانون الاداري.

غير أنه حتى في مجال القانون الخاص تقتصر منطقة العقد على الاتفاقات المتعلقة بالذمة المالية، فنستبعد من مجاله الاتفاقات المتعلقة بروابط الأحوال الشخصية كالزواج، لأن الزواج ولو أنه اتفاق بين الزوجين، إلا أن القانون وحده هو الذي يحدد آثاره، ولذا لا يعتبر عقداً بالمعنى الصحيح.

٩ ـ **تطور فكرة العقد في الشرائع المدنية**: يتصل تطور فكرة العقد في الشرائع المدنية بتطور مبدأ سلطان الارادة أو كفاية الارادة (l'autonomie de la volonté). ومعنى مبدأ سلطان الارادة أنه يكفي توافق إرادتين لانشاء الالتزام أي لانعقاد العقد، وأن إرادة المتعاقدين هي التي تحدد مدى الالتزامات التي يرتبها العقد، أي أن معناه حرية الارادة في إنشاء العقود وفي تحديد آثارها.(١)

وهذا المبدأ لم تعرفه الشرائع القديمة كالقانون الروماني، حيث ظلت القاعدة في هذا القانون، حتى في أواخر مراحل تطوره، هي الشكلية والرضائية هي الاستثناء.

وقد ظل الحال كذلك في القرون الوسطى، إلى أن قوي سلطان الكنيسة واستقرت قواعد القانون الكنسي، فأصبح الوعد ملزما للواعد، والاخلال به خطيئة دينية؛ ثم لما تهذبت قواعد القانون الكنسي أصبح الاخلال به إخلالا بالتزام قانوني، و بذلك ظهر مبدأ سلطان الارادة الذي ازدهر في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر بفعل عوامل متعددة. منها انتشار المذهب الفردي الذي يقدس الحرية الفردية و يجعل للقانون غاية واحدة هي ضمان الحرية. وقد أثر هذا المذهب على الفلسفة القانونية والاجتماعية والاقتصادية. فسادت فكرة القانون الطبيعي في مجال الفلسفة القانونية، وظهرت فكرة العقد الاجتماعي في مجال الفلسفة الاجتماعية، وانتصرت فكرة الحرية الاقتصادية في مجال الفلسفة الاقتصادية.

ومحور هذه الأفكار جميعاً هو اعتماد الحرية الفردية واستقلال الارادة كأساس للنظم القانونية والاجتماعية والاقتصادية، وقد انطبعت هذه الأفكار جميعاً في أذهان واضعي القانون الفرنسي، أي قانون نابليون، فصدر هذا القانون مشبعا بالمذهب الفردي.

---

١. راجع: «ريبير» في القاعدة الأدبية ـ بنكاز تكملة بودري جـ٢ بند ٣٨٣ وما بعده ـ «دورموسيو» في مبدأ حرية التعاقد في القوانين الغربية وفي الشريعة الاسلامية ـ «ادمون ساليه» في التطور الفني للعقد رسالة من باريس سنة ١٩٣٠.

على أن أنصار المذهب الفردي ما لبثوا أن غالوا فيه إلى حد أن ردوا إلى الارادة جميع الالتزامات الارادية وغير الارادية.

فالعقد يستند إلى الارادة الحقيقية، وشبه العقد وشبه الجريمة إلى الارادة المفترضة. والالتزامات القانونية كذلك يفترض أن الملتزم قد ارتضاها؛ ثم ذهبوا بعد ذلك إلى أبعد من هذا فجعلوا الارادة مصدر جميع الحقوق، فالملكية مبنية على الارادة، بل هي الارادة الحرة في العالم المادي، والحقوق العائلية. وليدة الزواج، وهو عقد أي عمل إرادي؛ والميراث ما هو إلا وصية مفترضة، والوصية عمل قانوني؛ وأخيراً ذهبوا إلى أن العقوبه الجنائية أساسها الارادة، إذ يفترض أن الجاني قد ارتضى مقدما توقيع الجزاء عليه.

غير أن هذا الاغراق من أصحاب المذهب الفردي في تمجيد الارادة قد وصل إلى حد مجانبة الحقيقة. فشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة لا تستند إلى الارادة؛ بل هي ظروف يرتب القانون على تحققها التزامات معينة ولو لم تتجه الارادة إلى إحداث هذه الالتزامات؛ والملكية نظام لا دخل لارادة المالك فيه، بل كثيراً ما يتدخل المشرع للحد من حرية المالك؛ والزواج لا شأن للارادة في تنظيم أحكامه بل يستقل القانون بذلك؛ والميراث ليس بوصية مفترضة إذ هو أسبق من الناحية التاريخية على الوصية؛ وروابط القانون العام لا أثر للارادة فيها. وعلى هذا النحو يجب قصر الارادة على علاقات القانون الخاص، وفي مجال القانون الخاص و يجب استبعاد روابط الأحوال الشخصية لأنها نظم يستقل المشرع بتدبير أمرها، وفي مجال الأحوال العينية يجب استبعاد الحقوق العينية لأنها حقوق محدودة العدد لا تستطيع الارادة الاضافة إليها.

وفي مجال الحقوق الشخصية يقتصر أثر الارادة على المصادر الارادية كالعقد، وحتى في مجال العقد تقلص سلطان الارادة نتيجة لسيادة المذاهب الاشتراكية التي ولدتها التطورات الاقتصادية والصناعية؛ فظهرت عقود لا يعتد فيها بالارادة الفردية بل بالارادة الجماعية كالشركات وعقد العمل المشترك؛ كما تدخل المشرع في طائفة أخرى من العقود لحماية الطرف الضعيف فيها كعقد الاذعان وعقد العمل الفردي، و بذلك انكمش مبدأ سلطان الارادة وضاقت دائرته، ولم يعد كما كان في القرن التاسع عشر وتحت تأثير المذهب الفردي.

١٠ ـ **تقسيمات العقود :** (classification des contrats) : لما كان تقسيم العقود من مهام الفقهاء لا من وظيفة المشرع، تجنب القانون المدني الأردني، أخذاً بسياسة التقنينات الحديثة كالتقنين الالماني والتقنين السو يسري والتقنين المدني المصري، التعرض لهذا الموضوع.

والعقـــود يمكن تقسيمها الى أقسام متعددة وفقـــا للخصيصة التي يتناول منهـا العقد.

فيمكن تقسيمها من حيث شروط تكوين العقد إلى عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية. ومن حيث أثر العقد الى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد، وكذلك إلى عقود معاوضة وعقود تبرع؛ ومن حيث طبيعة العقد إلى عقود محددة وعقود احتمالية؛ ومن حيث مدة نفاذ العقد الى عقود فورية وعقود مستمرة؛ ومن حيث تفسير العقد إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة، وعقود بسيطة وعقود مختلطة.

١١ ـ العقـــود الرضائية والشكلية والعينية : العقد الرضائي (contrat consensuel) هو ما يكفي التراضي لانعقاده، والقاعدة في القانون الحديث، وكانت دائماً كذلك في الشريعة الاسلامية هي رضائية العقود.

و يجب التفرقة فيما يتعلق بالعقود الرضائية بين انعقاد العقد واثباته. فالعقد الرضائي كالبيع ينعقد بمجرد توافق الايجاب والقبول ولو أن القانون يشترط لاثبات العقد إذا زادت قيمته عن حد معين وجود دليل كتابي. هذا الحد هو عشرون جنيها في القانون المصري (م ٦٠ من قانون الاثبات) وعشرة دنانير في القانون الاردني (م ١/٢٨ من قانون البينات رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٤).

أما العقد الشكلي (contrat solennel) فهو ما لا يكفي التراضي لانعقاده، بل يجب بجانب التراضي اتباع شكل معين، كما في الرهن التأميني في القانون المدني الاردني، فالرهن التأميني لا ينعقد في هذا القانون إلا بتسجيله (م ١٣٢٣) أي أن التسجيل ركن فيه ولا يقوم بغيره (١).

هذا و يلاحظ أن العقد قد يكون رضائياً، أي يكفي التراضي لانعقاده كالبيع فينقلب شكلياً بارادة الطرفين، كما لو اتفق البائع والمشتري على أن البيع لا ينعقد إلا اذا تحرر في سند كتابي، غير أنه يجب الاحتراز عند تفسير مثل هذا الشرط، إذ قد يكون المقصود به مجرد الحصول على دليل للاثبات، كما قد يكون المقصود به تعليق انعقاد

---

١. تعتبر عقود التصرف بالاموال غير المنقولة من العقود الشكلية التي لا تنعقد إلا بعد مراعاة الشكلية المقررة قانوناً وفي اجراء معاملة البيع لدى دوائر التسجيل (تمييز حقوق رقم ٧٩/٦٦ ص ١٠٢٩ مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٩ س٢٧ عـ ٧ الى ١٢).
هذا في القانون المدني الأردني، أما في القانون المدني المصري فهناك فرق كبير بين شكل التصرف وشهر التصرف (كالتسجيل أو القيد) فالهبة اذا لم تفرغ في الشكل الرسمي تكون باطلة اي غير منعقدة (م ١/٤٨٨ مدني مصري) اذا كان المال الموهوب عقاراً، أما الهبة التي أفرغت في الشكل الرسمي والتي لم تسجل بعد فلا يترتب عليها نقل الملكية ولا يحتج بها على الغير.

العقد على وجود المحرر الكتابي، فاذا تبين أن المتعاقدين قصدا الغرض الأول فيعتبر ما تم بينهما بيعا، وإذا تبين أنهما قصدا الغرض الثاني فيعتبر ما تم بينهما مجرد مشروع يجوز لكل منهما العدول عنه، والمسألة مرجعها نية الطرفين التي يستخلصها القاضي من شروط الاتفاق والظروف والوقائع التي احاطت به، فاذا لم يجد القاضي مرجحا لأحد الغرضين على الآخر، وقام الشك في تفسير نية المتعاقدين، وجب اعتبار الكتابة مشترطة فقط للاثبات.

أما العقد العيني (contrat réel) فهو ما لا يكفي التراضي كذلك لانعقاده، بل يجب الى جانب ذلك تسليم العين محل العقد؛ من ذلك الرهن الحيازي في القانون المدني الاردني، إذ نصت المادة ١٣٧٥ منه على أنه «يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه أن يقبضه الدائن أو العدل وللراهن أن يرجع عن الرهن قبل التسليم». أي أن قبض المرهون ضروري لتمام الرهن الحيازي ولزومه (١).

على أنه كما يجوز الاتفاق على تحويل عقد رضائي الى عقد شكلي، يجوز كذلك الاتفاق على تحويل عقد رضائي الى عقد عيني كما في التأمين، إذ يشترط في بعض الأحيان ألا ينعقد العقد إلا بعد دفع المؤمن له (المستأمن) القسط الأول، وفي هذه الحالة يكون العقد عينيا باتفاق المتعاقدين.

١٢ ـ **العقود الملزمة لجانب واحد والعقود الملزمة لجانبين: العقد الملزم لجانب** واحد (contrat unilatéral) هو الذي يلتزم فيه أحد الطرفين دون الطرف الآخر، أي يكون بمقتضاه أحد الطرفين مدينا والآخر دائناً فقط، كعقد القرض (م ٦٣٦ مدني اردني) والوديعة غير المأجورة (م ٨٦٨) والهبة (م ٥٥٧)

والعقد الملزم لجانب واحد يختلف عن العمل القانوني الصادر من جانب واحد (acte juridique unilatéral) فالأول عمل قانوني يتم بارادتين أي عقد، ولو أنه لا يلتزم فيه إلا أحد الطرفين فقط كعقد الوعد بالبيع مثلا، أما الثاني فعمل قانوني يتم بارادة واحدة ولذا لا يعتبر عقداً، كالوصية فهي تتم بارادة الموصي وحده دون أن تتوقف على قبول الموصى له.

أما العقد الملزم للجانبين (contrat synallagmatique or bilatéral) فهو الذي يرتب التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين أي يعتبر كل متعاقد بموجبه دائنا ومدينا في آن واحد كالبيع والمقايضة والاجارة وغيرها.

---

١. سند اشتراط قبض المرهون وحيازته في الفقه الاسلامي قوله تعالى «فرهان مقبوضة». (المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني جـ٢ ص ٧٨٢).

فالبائع مثلا يعتبر دائناً بالثمن ومدينا بتسليم المبيع، والمشتري دائنا بتسليم المبيع ومدينا بالثمن وهذا التقابل أو التساند الموجود بين التزامات كل من المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين هو الذي يوضح انفراد هذا النوع من العقود بقواعد معينة يظهر أثرها إذا لم يتم تنفيذ احد الالتزامات المتقابلة، وهذه القواعد هي :

١ ـ الفسخ، بمعنى أن لكل متعاقد في العقود الملزمة للجانبين أن يطلب فسخ العقد وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد إذا امتنع المتعاقد الآخر عن تنفيذ التزامه، ولذا يقال أن العقد الملزم للجانبين يتضمن دائما شرطا فاسخا ضمنياً.

٢ ـ الدفع بعدم التنفيذ، بمعنى أن لكل متعاقد إذا طالبه المتعاقد الآخر بالتنفيذ، ولم يكن هو نفسه قد نفذ التزامه، أو ابدى استعداده لتنفيذه أن يدفع هذا الطلب بما يسمى بالدفع بعدم التنفيذ.

٣ ـ تحمل التبعة في حالة استحالة تنفيذ الالتزام لسبب خارج عن الارادة، فهي تكون في العقود الملزمة للجانبين على المدين، كهلاك المبيع قبل التسليم بقوة قاهرة، إذ يكون على البائع وهو المدين و ينقضي التزام المشتري بدفع الثمن (م ١٠٠/١ أردني).

أما في العقود الملزمة لجانب واحد فتكون التبعة على الدائن، ففي الوديعة إذا استحال على المودع لديه رد الوديعة لهلاكها بقوة قاهرة، انقضى التزامه بالرد، وتحمل المودع وهو الدائن تبعة هذه الاستحالة.

١٢ ـ **عقود المعاوضة وعقود التبرع :** عقد المعاوضة (contrt a titre onereut) هو الذي يتلقى فيه كل من المتعاقدين عوضا لما أعطاه كالبيع والمقايضة والاجارة وغيرها.

أما عقد التبرع (contrat à titre gratuit) فهو الذي لا يأخذ فيه احد المتعاقدين عوضاً لما أعطاه كالهبة والعارية والوديعة (١).

هذا و يجب عدم الخلط بين عقد التبرع والعقد الملزم لجانب واحد، فالعقد الملزم لجانب واحد قد يكون من عقود المعاوضة كالوديعة المأجورة.

كذلك يجب عدم الخلط بين عقد المعاوضة والعقد الملزم للجانبين، فقد يكون العقد ملزماً للجانبين ومع ذلك يعتبر من عقود التبرع لا من عقود المعاوضة كالهبة مع

---

١. هذا ويتعين التمييز في عقود التبرع بين عقود التفضل (actes de bienfaisance) والهبات (actes de libéralité). ففي عقود التفضل يقدم المتبرع فائدة الشيء دون أن يخرج عن ملكية ماله، كما في عارية الاستعمال، أما في الهبات فيخرج الواهب عن ملكية الشيء الموهوب، ولذا تعتبر أشد خطراً على المتصرف من عقود التفضل، ولذلك فهي أصلا من العقود الشكلية.

تكليف (م ٢/٥٥٧ أردني).

١٤ ــ **العقود المحددة والعقود الاحتمالية:** العقد المحدد (contrat commutatif) هو الذي يتحدد فيه وقت الانعقاد مقدار الاداء الذي يبذله كل من المتعاقدين، ولو انتفى التعادل بين الأدائين، كبيع شيء معين بثمن معين.

أما العقد الاحتمالي أو عقد الغرر (contrat aléatoire) فهو العقد الذي لا يتحدد فيه وقت التعاقد مقدار الأداء الذي يبذله أو يأخذه كل متعاقد لوجود عنصر الاحتمال فيه: كعقد التأمين، وعقد الرهان، وعقد اليانصيب، وعقد بيع الثمار قبل انعقادها والزرع قبل نباته بثمن جزاف (١).

وأهمية تقسيم العقود إلى محددة واحتمالية تتضح في أمرين:

الاول ــ ان الغبن لا يؤثر كمبدأ عام في العقود الاحتمالية.

الثاني ــ أن عنصر الاحتمال يعتبر عنصراً أساسيا في العقد الاحتمالي بحيث يترتب على تخلفه بطلان العقد؛ كبيع عقار مقابل إيراد مرتب لمدى حياة شخص تبين أنه قد مات قبل انعقاد العقد.

١٥ ــ **العقود الفورية والعقود الممتدة:** العقد الفوري (contrat instantané) هو الذي يتم تنفيذه دفعة واحدة كما هو الشأن في عقد البيع عادة، إذ بمجرد تمام العقد يقوم البائع بتسليم المبيع والمشتري بدفع الثمن. وقد يتراخى تنفيذ العقد إلى أجل يحدد اختيارياً أو اجبارياً. اختيارياً كما لو اتفق على تأجيل تسليم المبيع أو على تأجيل دفع الثمن؛ اجباريا كبيع شيء في حالته المستقبلة إذ يجب مرور بعض الوقت لاعداد المبيع؛ ولكن تأجيل تنفيذ العقد اختياراً أو اجباراً لا يؤثر على صيغته، بل يظل عقداً فورياً، لأن تدخل عنصر الزمن فيه يعتبر تدخلا عرضياً لا يؤثر على مقدار الثمن أو على مقدار المبيع.

أما العقد الممتد (contrat successif) فهو الذي ينفذ فيه الالتزام باداءات مستمرة أو أداءات دورية. أداءات مستمرة كعقد الايجار إذ يستمر فيه الانتفاع بالعين طوال مدة الايجار؛ أداءات دورية كعقد التوريد إذ يتكرر تنفيذه مدة من الزمن.

---

١. أما بيع الثمار قبل انعقادها والزرع قبل نباته بسعر الوحدة فلا يعتبر عقداً احتماليا، لأن هناك أساس يعلم بموجبه كل من البائع والمشتري وقت انعقاد العقد مقدار الأداء الذي أعطى ومقدار الأداء الذي أخذ.

هذا و يلاحظ أن فقهاء الشرع الاسلامي يرون أن بيع الأشياء المستقبلة باطل، لأنه بيع لشيء معدوم، ولم يستثنوا من هذا الحكم إلا السلم.

والعقد الممتد يعتبر الزمن فيه عنصراً جوهريا بحيث يتوقف على هذا العنصر تحديد مقدار محل الالتزام، فالايجار مثلا يرد على منفعة الشيء؛ ومقدار المنفعة يقدر بزمن الانتفاع، كما يقدر به مقدار الاجرة لأن الاجرة تقابل الانتفاع؛ بعكس الحال في العقود الفورية، كالبيع، فتقسيط الثمن فيه على آجال لا يؤثر على مقداره، لأن عنصر الزمن فيه عنصر عرضي.

وتظهر أهمية التمييز بين العقود الفورية والعقود الممتدة فيما يتعلق بالفسخ، فالفسخ له أثر رجعي بالنسبة للعقد الفوري، وليس له هذا الأثر بالنسبة للعقد الممتد، وأخيراً فيما يتعلق بالاعذار الذي يعتبر شرطاً لاستحقاق التعو يض في العقد الفوري، على حين أنه لا ضرورة له بالنسبة للعقد الممتد.

١٦ ــ العقود المسماة والعقود غير المسماة : يمكن تقسيم العقود من حيث تفسيرها إلى عقود مسماه (contrat nommés) وعقود غير مسماة (contrat innommés)، ولا نقصد بكلمة التفسير هنا إيضاح ما غمض من شروط العقد بل نقصد بها تحديد طبيعة العقد وتكملة ما نقص من أحكامه.

فالعقد لا تتحدد طبيعته وفقا للاسم الذي يطلقه عليه المتعاقدان؛ بل تتحدد وفقا لموضوعه، والمرجع في ذلك هو القضاء. فاذا ما تم تحديد طبيعته فاما أن يكون من العقود التي خصها المشرع باسم معين وفصل أحكامها لعظم ذيوعها بين الناس، أي أن يكون من العقود المسماة كالبيع والاجارة والهبة، وإما أن يكون من العقود التي لم تحظ من المشرع بتنظيم أو باسم معينين لقلة شيوعها بين الناس، أي أن يكون من العقود غير المسماة، كاتفاق مستشفى مع كلية طب على وضع عدة أسرة تحت تصرف الكلية للتعليم والبحث الطبي، ومثال العقد غير المسمى كذلك العقد بين مصور أو رسام يتفق مع شخص على أخذ صورته أو رسمه.

والأصل أن العقود غير المسماة لا حصر لها، لأن الارادة حرة تستطيع إنشاء ما تريد من العقود في حدود النظام العام وحسن الآداب [١]. وإذا ما انتشرت بعض هذه العقود اهتم بها المشرع واضافها إلى قائمة العقود المسماة كعقد المقامرة والرهان وعقد التأمين فقد أضافها كل من التقنين المدني المصري والقانون المدني الاردني إلى قائمة العقود المسماة.

---

١. بنيت الشريعة الاسلامية كذلك على مبدأ حرية التعاقد إلا في المستثنيات التي حرمتها الشريعة نفسها. ولا ريب أن الفقهاء في مذاهبهم المتعددة اختلفوا في تطبيق هذا المبدأ على القضايا والمسائل الفرعية، فمنهم من توسع فيه، ومنهم من توسط، ومنهم من تشدد، ولذا اختلفت المذاهب في تحريم بعض الأمور، أو في إباحتها. ولكن ذلك التفريع وهذا الاختلاف لا يقدح من صحة المبدأ الذي قدمناه (راجع في هذا الموضوع المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني ج ١ ص ٩١ الى ٩٣).

وقد تناولت المادة ٨٩ من القانون المدني الاردني بيان القاعدة العامة في شأن تكملة ما نقص من أحكام عقد من العقود فنصت على أنه «١ ـ تسرى على العقود المسماة منها وغير المسماة القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل. ٢ ـ أما القواعد التي ينفرد بها بعض العقود المدنية فتقررها الاحكام الواردة في الفصول المعقودة لها. وتقرر قوانين التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية». أي أنه إذا كان العقد من العقود المسماة مدنياً كان أم تجارياً، فيرجع بالنسبة له إلى الأحكام الخاصة التي أوردها المشرع في شأنه؛ ثم القواعد العامة الواردة في شأن سائر العقود، أما إذا كان من العقود غير المسماة فيرجع بالنسبة له إلى القواعد العامة؛ هذا مع ملاحظة أنه اذا اقترب العقد غير المسمى اقتراباً كبيراً من أحد العقود المسماة فيمكن عن طريق القياس أن تنصرف إليه أحكام هذا العقد.

١٧ ـ **العقود البسيطة والعقود المختلطة:** العقد البسيط (contrat simple) هو الذي يتناول نوعاً واحداً من الروابط القانونية كالبيع أو الايجار. أما العقد المختلط (contrat mixte) فهو الذي يجمع بين عدة عقود متعاصرة امتزج بعضها بالبعض الآخر، وعادة يكون من العقود غير المسماة، مثل العقد بين صاحب الفندق والنزيل (contrat d̀ hotellerie) فهو مجموع يشمل عقد إيجار بالنسبة للغرفة، وعقد عمل بالنسبة للخدمة، وعقد بيع بالنسبة للطعام، وعقد وديعة بالنسبة للأمتعة. ومثاا ء كذلك العقد بين صاحب المسرح والجمهور، فهو عقد إيجار بالنسبة للمقعد، وعقد عمل بالنسبة للتمثيلية التي تعرض على أفراد النظارة.

والعقد المختلط تطبق عليه فيما يتعلق بتفسيره أحكام العقود المختلطة التي امتزجت فيه، لكن إذا تناقضت هذه الأحكام فيجب ترجيح أحد العقود باعتباره العقد الرئيسي وتطبيق أحكام هذا العقد دون سواه؛ وهذا ما فعله القضاء المصري بالنسبة لعقد الهاتف (التليفون) وهو يدور بين عقد العمل وعقد الايجار، فغلب فيه عنصر العمل ورفض دعوى استرداد الحيازة التي رفعها مشترك قطعت عنه المواصلة التليفونية. وهو ما فعله المشرع المصري بالنسبة لعقود البيع بالتقسيط التي توصف بانها إيجارات (location ـ vente) إذ اعتبرها بيوعاً ولو سميت إيجارات (م ٤٣٠ مدني مصري).

هذا و يلاحظ الفرق بين العقد المختلط و بين الا تفاق المتضمن لعقدين مستقلين

كالايجار المصحوب بوعد بالبيع، فهذا الاتفاق لا يعتبر عقداً مختلطا، لأن العقدين لم يمتزجا، بل احتفظ كل منهما باستقلاله عن الآخر، ولذا يطبق في شأن كل منهما الأحكام الخاصة به.

١٨ ـ **منهج البحث** : سنتبع في دراستنا لنظرية العقد الترتيب الآتي :

أولا ـ انعقاد العقد.

ثانيا ـ نطاق العقد أو نسبية آثار العقد.

ثالثا ـ تنفيذ العقد وزوال الرابطة التعاقدية.

الفصل الأول
انعقاد العقد

١٩ ـ **أركان العقد**: تنص المادة ٨٧ من القانون المدني الأردني على أن «العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر، وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه و يترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر». وظاهر من هذا النص أن ركن العقد هو التراضي، (والركن شرعا هو ما به قوام الشيء الذي لا يتحقق ولا يوجد إلا به) والتراضي ينصرف إلى إنشاء الالتزام، وللالتزام ركنان هما المحل والسبب، فاذا تعددت الالتزامات التي يرتبها العقد تعدد المحل والسبب؛ غير أن غالبية شراح القانون المدني تتجاوز عن هذا التسلسل المنطقي في تحليل العقد، فتعتبر أن المحل والسبب ركنان في العقد، على اعتبار أن عدم توافر شروط المحل أو السبب يترتب عليها بطلان الالتزام، و بطلان الالتزام يستتبع بطلان الرضى و بالتالي بطلان العقد.

الواقع أن الذي دعى إلى دراسة المحل والسبب كركنين في العقد هي الاعتبارات العملية؛ لأن المحل ولو أنه ركن في الالتزام سواء كان التزاماً عقدياً أم غير عقدي، إلا أن شروط المحل لا تظهر أهميتها الا بالنسبة للالتزام العقدي، كما أن فكرة السبب قاصرة على الالتزامات الارادية دون غيرها.

لهذا سنتبع في دراسة انعقاد العقد بحث التراضي والمحل والسبب وأخيراً الجزاء المترتب على الاخلال بأي ركن من هذه الأركان.

الفرع الأول
التراضي

٢٠ ـ **موضوعات التراضي**: تثير دراسة التراضي وجوب البحث في طرفي العقد، ووجود الرضا وصحته.

المبحث الأول
طرفا العقد

٢١ ـ النيابة في التعاقد والأهلية : الأصل أن الرضا الذي يتم به انعقاد العقد يجب أن يصدر من المتعاقدين أنفسهم، كما أن إليهما تنصرف آثار العقد، وإلى هذا أشارت المادة ١١٠ من القانون المدني الأردني بقولها «من باشر عقداً من العقود بنفسه لنفسه فهو الملزم دون غيره بما يترتب عليه من أحكام».

غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة إذ قد يتم العقد عن طريق النيابة، وعلى هذا نصت المادة ١٠٨ مدني أردني بقولها «يجوز التعاقد بالأصالة أو بطريق النيابة ما لم يقض القانون بغير ذلك». هذا مع ملاحظة أن الرضا لا يكون معتبراً إلا اذا صدر من شخص متمتع بالأهلية؛ وعلى ذلك سنبحث : أولا في النيابة في التعاقد، وثانيا في أهلية المتعاقد.

المطلب الأول
النيابة في التعاقد

٢٢ ـ تعريف النيابة وتطور فكرتها(١) : النيابة (la representation) هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام تصرف قانوني مع إضافة آثار التصرف إلى شخص الأصيل، كما لو تعاقد شخص بطريق النيابة عن شخص آخر في بيع عقار مملوك له، فان العقد ينعقد بارادة النائب وإرادة المشتري، أما آثار البيع فيضاف ما تعلق منها بحقوق والتزامات البائع إلى شخص الأصيل لا إلى شخص النائب الذي حل محله في إتمام العقد.

ونظام النيابة وليد الحاجات العملية إذ به يمكن للقاصر أو لعديم الأهلية أن يصبح دائنا أو مدينا عن طريق التصرفات التي يبرمها نائبه؛ كما أن به يمكن لكامل الأهلية الذي قد تحول الظروف دون وجوده في مجلس العقد من إتمام التصرف القانوني الذي يريده عن طريق نائب يختاره.

وقد عرفت الشريعة الاسلامية ـ سابقة في ذلك غيرها من الشرائع ـ النيابة بمعناها الحديث وهو انصراف آثار التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مباشرة إلى

---

١. انظر في هذا الموضوع : «ديموج»، الالتزامات جـ١ بند ٨٩ الى ١٥٥ ـ «بيلون» رسالة «من كان» سنة ١٨٩٨ ـ «أودينو»، النيابة القاصرة، رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ ـ «بو بسكو رامنيانو» رسالة في النيابة في القانون المقارن سنة ١٩٢٧ ـ «كلاريز». رسالة من «ليل» سنة ١٩٤٩.

شخص الأصيل؛ وإن لم تضع في شأنها نظرية عامة، بل جاءت في الفقه نصوص متفرقة أكثرها في الوكالة (١).

أما الشرائع القديمة كالقانون الروماني، فلم تعرف ذلك، إذ كان التصرف القانوني الذي يعقده النائب مع الغير في هذا القانون ـ كالوكيل أو الوصي ـ تقع آثاره في ذمة النائب الذي ينقلها بعد ذلك الى الأصيل، ولذا لم تكن هناك أية علاقة مباشرة بين الأصيل والغير الذي تعاقد معه النائب. ولما تطور القانون الروماني أعطى الغير الذي تعاقد مع النائب دعوى قبل الأصيل بجانب دعواه قبل النائب، أما الأصيل أي الموكل فلم يعط دعوى قبل الغير.

وفي النيابة القانونية كنيابة الوصي مثلا، كان للنائب أن يدفع دعوى الغير ضده، ولذا اقتصر حق الغير عملا على الرجوع على الأصيل، وأصبحت النيابة في هذه الصورة نيابة كاملة.

على أن فكرة النيابة لم تستقر في الواقع إلا في عهد القانون الفرنسي القديم، وكانت في بادىء الأمر مختلطة بفكرة الوكالة، وقد ظهر أثر هذا الخلط فيما جاء في المادة ١٩٨٤ من قانون «نابليون» من أن «الوكالة أو الانابة هي تصرف يخول به شخص آخر سلطة عمل شيء لحساب الموكل و باسمه».

وسبب هذا الخلط هو كثرة اجتماع الوكالة والانابة؛ غير أن الفقه الغربي ـ وعلى الأخص الفقه الالماني ـ ما لبث أن ميز بينهما، ذلك أن الوكالة قد تكون مصحوبة بانابة وقد تكون غير مصحوبة بها كما في حالة الوكالة بالعمولة، وحالة الاسم المستعار (prete - nom) وهي الحالة التي لا يظهر فيها الموكل في التصرف القانوني الذي يبرمه الوكيل.

هذا وسنبحث فيما يتعلق بالنيابة :

أولا ـ في شروط وجود النيابة.

ثانياً ـ في أحكام النيابة.

ثالثاً ـ في طبيعة النيابة.

شروط وجود النيابة

٢٣ ـ **بيان الشروط:** لكي يتحقق وجود النيابة لا بد من توافر شروط معينة وهي :

أولا ـ إحلال إرادة النائب محل إرادة الأصيل.

---

١. المرحوم الأستاذ السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي جـ ٥، ص ١٨٣ وما بعدها.

ثانياً ــ التزام النائب حدود النيابة.

ثالثاً ــ العلم بالنيابة. وسنتناول بحث كل شرط من هذه الشروط.

٢٤ ــ **الشرط الأول ــ إحلال إرادة النائب محل إرادة الأصيل :** ينعقد التصرف الذي تم بطريق النيابة بارادة النائب لا بارادة الأصيل، وفي هذا يفترق النائب عن الرسول (messager) الذي يعتبر حاملا فقط لرضاء المتعاقد، شأنه في ذلك شأن الخطاب، ولذا يعتبر التعاقد برسول تعاقد بين غائبين فيما يتعلق بمكان وزمان انعقاد العقد، على حين أن التعاقد بطريق النيابة، يعتبر تعاقداً بين حاضرين إذا ضم النائب والمتعاقد الآخر مجلس واحد، لأن النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل.

والتفرقة بين النائب والرسول تفرقة دقيقة مرجعها ظروف كل حالة على حدة، ولكن يمكن القول بصفة عامة بأن النائب هو من يتمتع بقسط من حرية التقرير أي حرية اتخاذ القرار الارادي الذي يتم به التصرف القانوني، أما الرسول فهو من يقتصر عمله على نقل التعبير عن ارادة الأصيل، ولذا لا يشترط فيه أن يكون مميزاً ما دام قادراً من الناحية المادية على نقل الرسالة (١).

على أن الشخص قد يجمع في نفس الوقت صفتي الرسول والنائب، وذلك إذا كان الأصيل قد أصدر إليه تعليمات لا يستطيع أن يحيد عنها في أمر من أمور العقد المراد ابرامه بطريق النيابة، وترك له حرية التقدير في باقي الامور.

والفرق بين النائب والرسول على جانب كبير من الأهمية، لأن النائب، كما سبق أن ذكرنا يعبر عن إرادته هو، على حين أن الرسول مجرد ناقل لارادة الأصيل، ولذا ينظر إلى عيوب الرضا كسبب من من أسباب الطعن في العقد الذي يتم بطريق النيابة إلى إرادة النائب لا الى ارادة الأصيل، فاذا وقع النائب في غلط أو أبرم العقد تحت تأثير الأكراه أو التغرير، كان العقد معيبا ولو كانت إرادة الأصيل سليمة من أي عيب من العيوب.

كذلك ينظر إلى حسن أو سوء النية في الأحوال التي يعتد القانون بها، إلى نية النائب لا الى نية الأصيل، وعلى هذا نصت المادة ١/١١١ بقولها «اذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الارادة أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو وجوب العلم بها» (٢).

---

١. يذهب فقهاء الشريعة الاسلامية الى أن العقود التي ترجع فيها أحكام العقد وحقوقه الى الموكل، لا يكون للوكيل فيها الا أداء العبارة، فهو سفير ومعبر عن الموكل فقط، ومهمته سفارة لا وكالة حقيقية، كما لو كان وكيلا عن المرأة في الزواج، أو وكيلا عنها في الطلاق على مال أو في الخلع.

٢. تطابق المادة ١/١٠٤ من التقنين المدني المصري.

وإذا كانت إرادة الأصيل قد اشتركت مع إرادة النائب في إبرام التصرف القانوني كما لو كان النائب يتبع تعليمات الأصيل في بعض أمور العقد، وله حرية التقدير في غيرها، فانه يجب الرجوع كذلك إلى إرادة الأصيل لتقدير سلامتها من العيب في حدود هذه التعليمات، كما لو كان الأصيل، وهو المشتري قد عاين الشيء المبيع وتوهم خطأ أنه تتوافر فيه الصفات التي ينشدها، وأناب عنه غيره في شراء هذا الشيء، كذلك يجب الاعتداد بنية الأصيل في حدود التعليمات التي أصدرها للنائب، وعلى هذا الحكم نصت الفقرة الثانية من المادة ١١١ بقولها «ومع ذلك إذا كان النائب وكيلا يتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض أن يعلمها»(١).

هذا فيما يتعلق بعيوب الارادة وقد رأينا أنه ينظر بالنسبة لها إلى إرادة النائب، وكذلك إلى إرادة الأصيل في الحدود التي اشتركت فيها مع إرادة النائب في إتمام التصرف القانوني.

أما فيما يتعلق بالأهلية، فاذا كانت النيابة اتفاقية، فلا يشترط أن تتوافر في النائب الأهلية اللازمة لابرام التصرف موضوع النيابة لأن آثار هذا التصرف لن تضاف إليه، ولهذا يكفي أن تتوافر فيه أهلية التمييز. وعلة اشتراط هذه الاهلية الأخيرة أن النائب يبذل نشاطاً إرادياً خاصاً يبنى عليه التصرف القانوني موضوع النيابة، فيجب بالأقل أن يكون مميزاً. أما الأصيل وهو من تضاف إليه آثار التصرف الذي تم بطريق النيابة، فيجب أن تتوافر فيه الاهلية اللازمة للتصرف موضوع النيابة، كما يجب أن تتوافر فيه كذلك صلاحية اكتساب الحق الذي يرتبه التصرف الذي تم بطريق النيابة، والى هذا أشارت المادة ١/٨٣٤ بقولها «يشترط لصحة الوكالة: أ ــ أن يكون الموكل مالكاً حق التصرف بنفسه فيما وكل فيه»

والوقت المعتبر فيما يتعلق بتوافر شروط الأهلية في النائب، أو بتوافر شروط الأهلية في الأصيل أو فيما يتعلق بالصلاحية لاكتساب الحق هو وقت إبرام التصرف موضوع النيابة، فالأصيل إذا لم يكن أهلا لابرام هذا التصرف وقت صدور الانابة، وكان أهلا له وقت أن أجراه النائب صح التصرف، والنائب إذا كان مميزاً وقت أن ثبتت له هذه الصفة ثم فقد أهلية التمييز وقت إبرام التصرف موضوع النيابة، فان التصرف لا ينعقد.

٢٥ ــ الشرط الثاني ــ التزام النائب حدود النيابة: اذا كانت النيابة تنقسم فيما يتعلق بمن يرجع إليه أمر اختيار النائب الى نيابة قانونية كنيابة الولي، إذ أن القانون

١. تطابق المادة ٢/١٠٤ من التقنين المدني المصري.

هو الذي يعينه؛ والى نيابة قضائية كنيابة الوصي والقيم، إذ أن القضاء هو الذي يختارهما؛ والى نيابة اتفاقية كنيابة الوكيل، إذ أن إرادة الأصيل هي المرجع في تعيينه؛ إلا أنها تنقسم من حيث السلطة التي تحدد نطاقها الى نيابة قانونية ونيابة اتفاقية فقط، ذلك أن الولي والوصي والقيم يتكفل القانون بتحديد سلطتهم أي بتعيين حدود نيابتهم، ولذا تعتبر النيابة من حيث نطاقها بالنسبة لكل منهم نيابة قانونية؛ أما النائب الاتفاقي فيحدد الاتفاق حدود نيابته، ولذا تعتبر نيابته اتفاقية من حيث نطاقها كذلك، والى هذه الأحكام أشارت المادة ١٠٩ بقولها «١ ـ تكون النيابة في التعاقد اتفاقية أو قانونية. ٢ ـ و يحدد سند الانابة الصادر من الأصيل نطاق سلطة النائب عندما تكون النيابة اتفاقية كما يحدد القانون تلك السلطة إذا كانت النيابة قانونية».

هذا وسنقتصر هنا على بيان بعض أوجه القيود التي ترد على النيابة بصفة عامة، وهذه القيود ترجع إما إلى الأشخاص أو إلى الموضوع أو الى الشكل أو إلى إضافة النيابة إلى أجل أو تعليقها على شرط.

٢٦ ـ **تقييد النيابة من حيث الأشخاص (تعاقد الشخص مع نفسه)** (١) **:** قد تكون الانابة عامة تنصرف إلى الغير كافة، وقد تحدد بشخص معين لا يجوز للنائب أن يتعاقد مع غيره؛ ولكن هل تنصرف النيابة العامة، أي الغير محددة بشخص معين، إلى النائب، فيصح أن يكون نائبا عن غيره في العقد وأصيلا عن نفسه، كأن يشتري الوكيل الشيء الموكل ببيعه، أو أن يكون نائباً عن طرفي العقد معا، كأن يكون وكيلا عن أحدهما بالبيع وعن الآخر بالشراء؟ و بمعنى آخر هل يجوز تعاقد النائب مع نفسه؟

تباينت نظرة التشريعات المختلفة في هذا الموضوع، فمنها ما حرم تعاقد الشخص مع نفسه كمبدأ عام إلا في حالات استثنائية أباح فيها ذلك كالقانون الألماني والقانون الانجليزي والشريعة الاسلامية والقانون المصري والقانون الأردني؛ ومنها ما أباحه بوجه عام مع تحريمه في حالات استثنائية كالقانون السو يسري والقانون الفرنسي والقانون المصري القديم. واختلاف احكام هذه التشريعات بين المنع والاباحة يرجع في الحقيقة إلى الاعتبارات العملية، ذلك أنه يصعب في الواقع على النائب اذا تعاقد مع نفسه، سواء كان نائبا عن أحد طرفي العقد أو عن كليهما، ألا يميل بعض

---

١. يراجع هذا الموضوع: «ديموج» الالتزامات جـ١ بند ٤٠ الى ٨٨ ـ «موريل» في الوكيل بالعمولة كطرف آخر في العقد، رسالة من ليل سنة ١٩٠٤ ـ «جوجيه» في تعاقد الشخص مع نفسه ـ رسالة من «كان» سنة ١٩٣٠.

الميل فيحابي نفسه على حساب الأصيل أو يحابي أحد المتعاقدين على حساب الآخر إذا كان نائباً عنهما معاً؛ ومن هنا نجد أن التشريعات التي حرمت التعاقد مع النفس استثنت حالات لا يتحقق فيها هذا الخطر؛ وأن التشريعات التي أباحت استثنت حالات يحتمل فيها وقوع هذا الخطر، ولذا تقاربت أحكام هذه التشريعات المختلفة بالرغم من تباين القاعدة التي أخذت بها.

وعلة تحريم تعاقد النائب مع نفسه يمكن ردها من الناحية القانونية الى تجاوز النائب حدود نيابته، ذلك أن النيابة إن صدرت بصفة عامة أي غير مقيدة من حيث شخص المتعاقد معه، إلا أنها تتضمن مع ذلك قيداً ضمنياً فيما يتعلق بشخص النائب، وهو الشخص الذي لا يتحقق بالتعاقد معه رعاية مصلحة الأصيل، سواء عمل النائب كأصيل أو كنائب عن شخص المتعاقد الآخر كذلك، وهذا القيد الضمني يبنى على الارادة المفترضة للأصيل، فاذا ظهرت الارادة الحقيقية باجازة تعاقد النائب مع نفسه صح ذلك، وهذا الحكم مستفاد من المادة ١١٥ التي تنص على أنه «لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل، على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد، وهذا كله مع مراعاة ما يخالفه من أحكام القانون أو قواعد التجارة». (١) فهذه المادة بعد أن وضعت القاعدة العامة في تحريم تعاقد النائب مع نفسه أتت لها باستثناءات؛ و بعض هذه الاستثناءات يمكن ردها إلى إرادة الأصيل التي اطلقت حدود النيابة بحيث شملت النائب.

وهذه الاستثناءات هي : أولا الترخيص السابق أو الاجازة اللاحقة من الأصيل (إذ في هذه الحالة ينتفي القيد الضمني الوارد بالنسبة للنائب). ثانياً إذا أجاز القانون تعاقد الشخص مع نفسه، من ذلك إباحة تعامل الولي مع ولده وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية. ثالثاً اذا قضت قواعد التجارة بجواز تعاقد الشخص مع نفسه، كاباحة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفي التعاقد وفقاً لقواعد القانون التجاري.

٢٧ ــ **تقييد النيابة من حيث الموضوع :** قد تتناول النيابة جميع التصرفات بصفة

---

١. تطابق المادة ١٠٨ من التقنين المدني المصري.

هذا ويلاحظ أن المشرع الاردني تعرض مرة أخرى لموضوع تقييد النيابة من حيث الأشخاص عند بحثه في بيع النائب لنفسه، فنص في المادة ٥٤٨ على أنه «لا يجوز لمن له النيابة عن غيره بنص في القانون أو باتفاق أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد ما أنيط به بمقتضى هذه النيابة وذلك مع مراعاة أحكام الأحوال الشخصية».

كما نص في المادة ٥٤٩ على أنه «لا يجوز للوسطاء أو الخبراء أن يشتروا بأسمائهم أو باسم مستعار الأموال التي عهد اليهم في بيعها».

عـامة أو نوعاً معيناً منها أو تصرفاً معيناً بالذات لا يستطيع النائب إجراء غيره؛ وتحديد مدى النيابة من حيث الموضوع أمر مرده إرادة الأصيل وما يتصل بتفسير هذه الارادة على ضوء الظروف التي أحاطت بها، وقد أتى المشرع الأردني في تنظيمه للوكالة بقواعد تبين مدى النيابة من حيث الموضوع، فنص في المادة ٨٣٦ على أن «الوكالة تكون خاصة إذا اقتصرت على أمر أو أمور معينة، وعامة إذا اشتملت كل امر يقبل النيابة :

١ ـ فاذا كانت خاصة فليس للوكيل إلا مباشرة الأمور المعينة فيها وما يتصل بها من توابع ضرورية تقتضيها التصرفات الموكل بها.

٢ ـ وإذا كانت عامة جاز للوكيل مباشرة المعاوضات والتصرفات عدا التبرعات فلا بد من التصريح بها»، ونص في المادة ٨٣٧ على أنه «إذا كانت الوكالة بلفظ عام لم يقترن بما يوضح المقصود منه فلا تخول الوكيل إلا أعمال الادارة والحفظ».

وقرر في المادة ٨٣٨ أن «كل عمل ليس من أعمال الادارة والحفظ يستوجب توكيلا خاصا محدداً لنوع العمل وما تستلزمه الوكالة فيه من تصرفات».

ظاهر من هذه النصوص أن الوكالة قد تكون خاصة وقد تكون عامة؛ وأن الوكالة الخاصة هي التي تقتصر على عمل أو أعمال قانونية محددة، أما الوكالة العامة فهي التي تنصرف إلى كل عمل تجوز فيه الانابه، فهي تشمل جميع التصرفات عدا التبرعات، و يطلق على الوكالة العامة في الفقه الاسلامي الوكالة المفوضة.

كذلك يستبين من هذه النصوص أن الأعمال القانونية تتدرج من حيث الخطورة، فتنقسم الى أنواع ثلاث :

الأول ـ أعمال الادارة والحفظ وهي أدنى الأعمال القانونية خطورة ولذا فهي لا تستوجب توكيلا خاصا، بل إن الوكالة إذا جاءت بلفظ عام لم يقترن بما يوضح المقصود منه، فانها لا تنصرف إلا الى أعمال الادارة والحفظ كالاجارة لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات.

ثانيا ـ أعمال المعاوضات كالبيع وهي أكثر خطورة من أعمال الادارة، لأنها تخرج المال من ملك صاحبه ولو بمقابل، ولذا فهي تستوجب توكيلا خاصاً.

ثالثا ـ أعمال التبرعات وهي أشد الأعمال القانونية خطورة لأنها تخرج المال من ملك صاحبه دون مقابل، ولذا لا بد من التخصيص في شأنها وأن تنصرف إليها إرادة الموكل صراحة، ولذا فان الوكالة العامة التي تشمل كل التصرفات الناقلة للملك اذا صدرت من الموكل انصرفت فقط إلى المعاوضات دون التبرعات. بل إن القانون المدني المصري

يتطلب بجانب الانابة الخاصة في التبرعات تحديد المال موضوع التبرع (م ٧٠٢ مدني مصري).

هذا وقد أثير فيما يتعلق بتحديد نطاق النيابة من حيث الموضوع بحث ما اذا كان للنائب إجراء تصرف مشابه للتصرف موضوع النيابة الخاصة إذا كان أقل منه خطورة ؟

الأصل أن من يملك الأكثر يملك الأقل، غير أنه يرجع إلى القضاء لتحديد ما اذا كان التصرف المشابه أقل خطورة من التصرف الأصلي موضوع النيابة. فمثلا إذا أناب شخص غيره في الاقتراض برهن، فهل له أن يقترض بدون رهن ؟

قد يكون الرد بالايجاب، وقد يكون بالنفي على أساس أن التزامات الأصيل في حالة الاستدانة برهن لا يمكن أن تتجاوز مبلغا يتناسب وقيمة العين التي سترهن ضماناً للدين، بينما أن التزاماته في حالة الاقتراض بغير رهن لا تتحدد بشيء من هذا القبيل، وقد تتجاوز المدى الذي قصده الأصيل عند صدور الانابة.

٢٨ ـ **تقييد النيابة من حيث الشكل :** قد يقيد الأصيل سلطة النائب من حيث شكل التصرفات القانونية التي يجريها باسمه مع الغير، فيشترط لكي تضاف إليه آثار هذه التصرفات أن تتم في شكل معين، كأن تتم في محرر كتابي مثلا، وعلى ذلك لا تنصرف إليه آثار ما يجريه النائب من تصرفات شفوية مع الغير.

هذا و يتعين التمييز بين نطاق النيابة من حيث شكل التصرفات التي يبرمها النائب باسم الأصيل، و بين شكل النيابة ذاتها. فالنيابة، ونقصد بذلك النيابة الاتفاقية، لا تخضع في الأصل لأي شكل معين لأنها تعتبر من الأعمال الرضائية، فيصح أن تتم مشافهة أو بالكتابة في سند عرفي أو في سند رسمي؛ غير أن القانون قد يتطلب في بعض الأحيان شكلا أو إجراء معينا لانعقاد التصرف القانوني موضوع النيابة، فهل يجب في هذه الحالة أن تتم النيابة في هذا الشكل كذلك ؟

اختلفت نظرة التشريعات في هذا الموضوع، فمنها كالقانون الألماني والقانون السويسري والقانون الاردني من التزم الناحية النظرية في النيابة باعتبار أن التصرف موضوع النيابة، يتم بارادة النائب لا بارادة الأصيل، ولم يستلزم تبعاً لذلك أن تتم النيابة في الشكل الواجب اتمام التصرف موضوعها فيه. ومنها ما تأثر بالناحية العملية باعتبار أن القصد من اشتراط الشكل لانعقاد التصرف هو تنبيه المتعاقد إلى خطورة العمل المقدم عليه، وأن هذا الغرض لا يتحقق إلا إذا تمت النيابة في نفس الشكل؛ ومن هذه التشريعات القانون الفرنسي والقانون الايطالي الصادر سنة ١٩٤٢ م (١٣٩٢)

والتقنين المدني المصري الذي نص في المادة ٧٠٠ الواردة في باب الوكالة على أنه «يجب أن تتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك».

٢٩ ـ **تقييد النيابة باضافتها إلى أجل أو تعليقها على شرط**: قد يتم تقييد النيابة باضافتها إلى أجل منه تنتهي بانتهائه أو الى أجل موقف لا تبدأ إلا بحلوله، وعلى ذلك يكون النائب قد خرج عن حدود النيابة إذا باشر عمله بعد إنقضاء الأجل المنهي أو قبل حلول الأجل الموقف.

كذلك قد يتم تقييد النيابة بتعليقها على شرط واقف لا تبدأ إلا بتحققه أو على شرط فاسخ تنتهي بتحققه، وعلى ذلك يكون النائب قد تجاوز حدود النيابة إذا تعاقد باسم الأصيل قبل تحقق الشرط الموقف أو بعد تحقق الشرط الفاسخ؛ والى هذه الأحكام أشارت المادة ٨٣٥ بقولها «يصح ان يكون التوكيل مطلقا أو مقيداً أو معلقا على شرط أو مضافا إلى وقت مستقبل».

٣٠ ـ **حكم خروج النائب عن حدود نيابته**: الأصل أن تصرفات النائب لا تلزم الأصيل إلا إذا تمت في حدود نيابته كما حددها القانون أو الارادة، فاذا تمت خارج هذه الحدود فلا أثر لها بالنسبة إلى الأصيل، ولا يكون للغير إلا الرجوع على النائب بالتعويض؛ غير أنه في بعض الحالات ينفذ تصرف النائب في حق الأصيل بالرغم من انتفاء النيابة أو تجاوز النائب حدودها، وهذه الحالات ترجع إما إلى فكرة الفضالة، واما إلى فكرة النيابة الظاهرة، واما إلى اقرار الأصيل عمل النائب.

وأساس الحالة الأولى أن يكون التصرف الذي أجراه النائب نافعا للأصيل، والى هذا أشارت المادة ٨٤٠ الواردة في شأن الوكالة بقولها «للوكيل بمقتضى عقد الوكالة ولاية التصرف فيما يتناوله التوكيل دون أن يتجاوز حدوده الا فيما هو أكثر نفعاً للموكل».

وقد أتى المشرع المصري بتطبيق لهذه الحالة نص عليه في الفقرة الثانية من المادة ٧٠٣ مدني الواردة في عقد الوكالة، إذ جاء في هذه الفقرة «على أن له (أي للوكيل) أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف. وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بابلاغ الموكل خروجه من حدود الوكالة».

وأساس الحالة الثانية هي فكرة حماية الغير وضمان استقرار المعاملات، ولذا يجب أن يكون الغير الذي تعامل مع النائب الظاهر حسن النية، وأن يكون هناك مظهر خارجي من فعل الأصيل أو يمكن نسبته إليه يوحي بوجود النيابة أو بأن النائب

يتعامل في حدود النيابة العادية، من ذلك ترك الأصيل سند النيابة في يد النائب بعد انتهاء نيابته، أو وجود غموض في عبارات الانابة من شأنها حمل الغير على الاعتقاد بأن التصرف داخل في حدود سلطة النائب. وقد جاء القانون المدني الأردني بتطبيق لهذه الحالة في المادة ١١٤ التي تنص على أنه «إذ كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت إبرام العقد انقضاء النيابة فان أثر العقد الذي يبرمه يضاف إلى الأصيل أو خلفائه»(١).

وفكرة النيابة الظاهرة هذه، وما ترمي إليه من حماية الغير حسن النية، مجالها الطبيعي هي النيابة الاتفاقية، لأنه في النيابة القانونية يفترض في الغير العلم بحدود نيابة النائب القانوني.

وأساس الحالة الثالثة أن الاقرار اللاحق لعمل النائب الذي تجاوز حدود نيابته أو لعمل المتخذ صفة النائب مع انتفاء نيابته، كالانابة السابقة، بمعنى أن تصرف النائب تضاف آثاره إلى شخص الأصيل من وقت انعقاده لا من وقت صدور الاقرار؛ وعلى هذا نصت المادة ٨٣٩ بقولها «تعتبر الاجازة اللاحقة للتصرف في حكم الوكالة السابقة».

وإقرار الأصيل لعمل النائب لا حاجة إليه إلا إذا تعذر إضافة آثار التصرف إليه بسبب انتفاء فكرة الفضالة أو فكرة النيابة الظاهرة. وهذا الاقرار يعتبر عملا قانونياً بارادة منفردة، وعلى ذلك لا داعي لقبول الغير له، وهو قد يكون صريحا أو ضمنيا مستفاداً من تنفيذ الأصيل للتصرف الذي أبرمه النائب.

٣١ ـ **الشرط الثالث ـ العلم بالنيابة**: يشترط لكي تضاف آثار التصرف الذي يعقده النائب مع الغير إلى شخص الأصيل، أن تتجه ارادتيهما الى ذلك، وهذا يفترض أن يكون العلم بوجود النيابة مشتركا بينهما وقت انعقاد التصرف موضوعها.

والعلم بوجود النيابة قد يكون حقيقياً أو حكمياً. حقيقياً كما لو أعلن النائب عند التعاقد أنه يتعامل باسم الأصيل (م ١١٢)؛ حكميا كما لو كانت الظروف تفترض حتماً علم الغير المتعاقد بوجود النيابة بالرغم من سكوت النائب عن إعلان ذلك، كمن يدخل محلا تجارياً لشراء شيء منه فيفترض فيه العلم بأن العامل الذي يتولى البيع ليس إلا نائبا عن صاحب المحل. ومع ذلك تضاف استثناء آثار التصرف الذي يعقده النائب الى شخص الأصيل بالرغم من عدم علم الغير المتعاقد مع النائب بوجود النيابة، إذا كان يستوي عنده أن يتعامل مع النائب أو الاصيل، فصاحب المحل التجاري الذي

---

١. تطابق المادة ١٠٧ من التقنين المدني المصري.

يتقدم إليه شخص للشراء يستوي عنده أن يكون هذا الشخص أصيلا عن نفسه أو نائبا عن غيره، ولذا تضاف آثار البيع إلى الأصيل مباشرة ولو كان صاحب المحل يجهل وجود النيابة.

وتقدير ما إذا كان يستوي عند الغير أن يكون المتعاقد معه نائبا عن غيره أم أصيلا عن نفسه مسألة موضوعية يستقل بتقديرها قاضي الموضوع. ومن الحالات التي يستوي فيها عند الغير أن يتعاقد مع النائب أو الأصيل حالة احتفاظ النائب في التصرف الذي يبرمه مع الغير بحق الكشف عن شخصية الأصيل في وقت لاحق للعقد (La declaration de commande).(١)

ثانيا ـ أحكام النيابة

٣٢ ـ الآثار القانونية التي تترتب على التعاقد بطريق النيابة : يترتب على التعاقد بطريق النيابة آثار معينة بالنسبة للأصيل، و بالنسبة للنائب، و بالنسبة للغير الذي تعاقد مع النائب.

٣٣ ـ آثار النيابة بالنسبة إلى الأصيل : يترتب على انعقاد التصرف بطريق النيابة أن تضاف آثار التصرف حقوقاً كانت أم التزامات الى شخص الأصيل مباشرة، ولذا يرجع إلى الأصيل كما سبق أن ذكرنا، للحكم على الأهلية اللازمة للتصرف موضوع النيابة، ولتقدير الصلاحية لاكتساب الحق الذي يرتبه التصرف، ولتحديد صفة الالتزام الذي ينشأ عنه فيما إذا كان التزاما مدنيا أم تجاريا.

وليس للأصيل متى توافرت شروط النيابة أن يقبل من آثار التصرف ما يكون نافعا له، وأن يرفض منها ما يكون ملزما له، لأن تصرف النائب يعتبر وحده لا تقبل التجزئة، وهذه الآثار تضاف إليه مباشرة ودون حاجة إلى إجراء ما، متى قبل مقدما تعاقد النائب باسمه بل إن آثار التصرف تضاف اليه في بعض الحالات ولو لم يقبل مقدما تصرف النائب باسمه كما في النيابة القانونية وفي النيابة الظاهرة وفي الفضالة؛ وعلى هذا نصت المادة ١١٢ بقولها «إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فان ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق وأحكام يضاف إلى الأصيل إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك» (٢)

٣٤ ـ آثار النيابة بالنسبة إلى النائب : يعتبر النائب أجنبيا عن التصرف موضوع

---

١. الأحكام التي أوردناها في شأن العلم بالنيابة نصت عليها المادة ١٠٦ من التقنين المدني المصري.

٢. راجع المادة ١٠٥ من التقنين المدني المصري، وهي تنص على أنه «اذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل، فان ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الأصيل.

النيابة بالرغم من أن هذا التصرف قد تم بارادته، لأن ما يرتبه هذا التصرف من آثار يضاف مباشرة إلى شخص الأصيل، وعلى ذلك لا يجوز للنائب بعد انعقاد التصرف أن يرجع على المتعاقد معه مطالبا إياه بتنفيذ العقد إلا اذا كانت نيابته شاملة أيضا للتنفيذ، وهي تعتبر دائما شاملة للتنفيذ إذا كان مصدرها هو القانون، لأن النيابة القانونية مقصود بها رعاية مصلحة الأصيل كالقاصر أو المحجور عليه، وهذا لا يتأتى إلا إذا كان للنائب سلطة مباشرة تنفيذ التصرفات التي يعقدها نيابة عن الأصيل.

وقد أتى القانون المدني الأردني بحكم في هذا الشأن مأخوذ عن الشريعة الاسلامية فنص في المادة ١١٣ منه على أنه «إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسمه فان حكم العقد يرجع إلى الأصيل وتنصرف حقوق العقد إلى النائب إلا إذا كان العاقد الآخر يعلم وقت التعاقد بوجود النيابة فترجع الحقوق إلى الأصيل، كل ذلك ما لم ينص القانون على خلافه».

والمقصود بحكم العقد الغرض المقصود من شرعيته والآثر المترتب عليه. كملك المبيع للمشتري والثمن للبائع في عقد البيع؛ وملك الأجرة للمؤجر، والمنفعة للمستأجر في عقد الاجارة؛ وملك المنفعة بدون عوض للمستعير في عقد الاعارة.

أما حقوق العقد فهي التزامات ومطالبات يقتضيها العقد لها اتصال بحكمه فتقرره وتمكن المتعاقدين من الاستفادة به كحق البائع في المطالبة بالثمن، والتزامه بضمان سلامة المبيع من العيوب الخفية، والتزامه برد الثمن عند استحقاق المبيع. وكحق المشتري في المطالبة بتسليم المبيع بعد أداء الثمن، وحق رده إذا ظهر به عيب خفي. وهذه الحقوق تثبت للنائب بتصريح نص المادة ١١٣ إذا ابرم النائب العقد باسمه إلا إذا كان العاقد الآخر يعلم وقت ابرام العقد بوجود النيابة فان هذه الحقوق تعود الى الأصيل مالم يقض القانون بغير ذلك.

٣٥ ــ **آثار النيابة بالنسبة إلى الغير**: يرتبط الغير بموجب التصرف موضوع النيابة بالأصيل مباشرة، فيكتسب قبل الأصيل كافة الحقوق التي يرتبها له هذا التصرف، و يلتزم قبله بكافة الالتزامات التي يولدها في ذمته هذا التصرف؛ ولا يكون له الرجوع على النائب الذي تعاقد معه باسم الأصيل، إلا أن يكون هذا النائب قد كفل الأصيل في تنفيذ التزاماته، فيكون له الرجوع عليه بمقتضى الكفالة أو يكون قد وقع منه بمناسبة التعاقد خطأ أضر بالغير، فيكون له أن يطالب بالتعو يض على أساس المسؤولية التقصيرية. كل هذا مع ملاحظة ما سبق أن ذكرناه في شأن حكم المادة ١١٣ من القانون المدني الاردني.

ثالثا ـ طبيعة النيابة

٣٦ ـ **النظريات المختلفة في طبيعة النيابة :** اختلف شراح القانون المدني في تحديد طبيعة النيابة، فظهرت عدة نظريات نوجزها فيما يلي :

أولا ـ نظرية الافتراض، وأساسها افتراض قيام الأصيل بالتصرف القانوني موضوع النيابة، وإن كان القائم به فعلا هو النائب، و يعيب هذه النظرية أن الأصيل قد يكون عديم الارادة، فكيف يقال أن التصرف قد تم بارادته ؟

ثانيا ـ نظرية إرادة الأصيل، وأساسها أن الارادة لا تلزم إلا صاحبها، وعلى ذلك فالتصرف الذي تم بطريق النيابة، يعتبر منعقداً بارادة الأصيل التي نقلها النائب، و يوجه إلى هذه النظرية نفس النقد الموجه الى النظرية السابقة.

ثالثا ـ نظرية إرادة النائب، وأساسها أن التصرف ينعقد بارادة النائب لا بارادة الأصيل لأن النيابة تؤدي إلى انفصال السبب (التصرف) عن الأثر القانوني الذي يرتبه، فالسبب من عمل النائب، أما الأثر الذي يرتبه فيضاف إلى الأصيل مباشرة.

و يؤخذ على هذه النظرية أنها لا تبين العلة في انفصال السبب عن الأثر، وفي رجوع هذا الأثر إلى الشخص الاصيل.

رابعا ـ نظرية اشتراك الارادتين، وفيها يفرق بين ثلاث حالات : حالة يعتد فيها بارادة الأصيل فقط اذا كان النائب مجرد رسول؛ وحالة يعتد فيها بارادة النائب فقط، إذا اقتصر الأصيل على بيان التصرف موضوع النيابة وترك للنائب حرية تقدير مضمونه؛ وحالة يعتد فيها بالارادتين معا، وذلك إذا كان الأصيل قد ألزم النائب اتباع تعليمات معينة في بعض أمور العقد، وترك له حرية التقرير فيما عداها.

والنظرية الأخيرة هي أقرب النظريات إلى فقه القانون.

المطلب الثاني
أهلية العاقد

٣٧ ـ **موضوعات البحث :** سنتناول بمناسبة دراسة أهلية العاقد، التعرض بايجاز لبحث النظرية العامة في الأهلية، ثم العوامل التي تتأثر بها أهلية الأداء، من عوارض أو موانع.

أولا ـ النظرية العامة في الأهلية

٣٨ ـ **أهلية الوجوب وأهلية الأداء:** ينصرف اصطلاح الأهلية تارة إلى ما يسمى بأهلية الوجوب (Cpacíte de jouissance) وتارة إلى ما يسمى بأهلية الأداء (Capacíte déxercise) وإن كان الغالب أن يقصد بكلمة الأهلية أو انعدامها أو نقصها أهلية الأداء لا أهلية الوجوب، لأنه إذا انعدمت أهلية الوجوب فلا يتصور البحث في أهلية الأداء.

وأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق وتحمل الواجبات التي يقررها القانون، وهي على هذا النحو تتصل بالشخصية القانونية لا بالارادة، ولذا تثبت للانسان من وقت ولادته إلى حين وفاته، وفي بعض الحالات تثبت له قبل الولادة أي عندما يكون جنينا، فيكون له الحق في الميراث من مورثه وفي الوصية ممن يوصي له. كما تثبت له بعد وفاته إلى حين تصفية تركته وسداد ديونه (وفقا للتحليل الشائع لقاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون).

والأصل في أهلية الوجـــوب أن تكون كاملة إلا أنها في بعض الحالات قد تكون منعدمة وفي حالات أخرى قد تكون ناقصة؛ فهي منعدمة بالنسبة لمن يحكم عليه بالموت المدني في الشرائع التي كانت تبيح ذلك، وفي الرهبنة بالنسبة لبعض الطوائف المسيحية، وهي ناقصة بالنسبة لبعض الاشخاص كالأجانب الذين قد يحرمهم المشرع من التمتع ببعض الحقوق في تملك الأراضي الزراعية في مصر (قانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٥١).

أما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص لأعمال إرادته اعمالا من شأنه ترتيب الأثر القانوني الذي ينشده، وهذه الأهلية قد تكون كاملة أو ناقصة أو معدومة. فاذا كانت كاملة صلح التصرف الذي يجريه الشخص، واذا كانت ناقصة كان التصرف قابلا للابطال، واذا كانت معدومة كان التصرف مطلق البطلان. هذا وقد يؤدي نقص أهلية الأداء الى نقص أهلية الوجوب في الحالات التي لا يجوز فيها الانابة في مباشرة الحق.

هذا و يجب تمييز أهلية الأداء عن بعض حالات المنع من التعاقد التي قد تلتبس بها، إذ قد يقضي القانون بالمنع من الشراء تحقيقاً لمصلحة يراها، من ذلك ما تنص عليه المادة ٥٤٨ مدني أردني من أنه «لا يجوز لمن له النيابة عن غيره بنص في القانون أو باتفاق أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد ما نيط به بيعه بمقتضى هذه النيابة وذلك مع مراعاة أحكام الأحوال الشخصية». كذلك قد يتفق على المنع من التصرف في مال معين في عقد من العقود كالهبة، فيعتبر المال غير قابل للتصرف فيه (راجع المادة ١٠٢٨). وفي جميع هذه الصور

لا يتصل المنع من التعاقد بأهلية الأداء لأن هذه الأهلية مناطها التمييز والرشد، والحال غير ذلك في حالات المنع من التعاقد.

٣٩ ـ **اتصال أحكام الأهلية بالنظام العام:** أحكام الأهلية وإن كان الغرض منها حماية مصالح خاصة هي مصالح الأفراد، الا أنها تمس الأفراد في مجموعهم ولذا تعتبر من المسائل المتعلقة بالنظام العام، وعلى هذا لا يجوز التعديل فيها أو الاتفاق على ما يخالفها، فلا يجوز للشخص مثلا أن ينزل عن أهلية الوجوب أو أهلية الأداء أو أن يتفق على توسيعها أو التقييد منها، وقد نصت على ذلك المادة ٤٧ مدني أردني بقولها «ليس لأحد النزول عن حريته الشخصية ولا عن أهليته أو التعديل في أحكامها»(١). وبناء على هذا النص يقع باطلا كل اتفاق على تعديل أهلية الشخص؛ أما إدعاء الشخص أهلية ليست له فلا أثر له إلا في حالة الغش إذ يكون للمتعاقد الآخر الرجوع عليه بالتعويض، وعلى هذا نصت المادة ١٣٤ بقولها «١ ـ يجوز لناقص الأهلية أن يطلب ابطال العقد. ٢ ـ غير أنه اذا لجأ إلى طرق احتيالية لاخفاء نقص أهليته لزمه التعويض»(٢). أي أنه وفقا لهذا النص لا يكفي أن يدعى الشخص كمال الأهلية للرجوع عليه بالتعويض، بل يجب أن يلجأ إلى وسائل تدليسية لاخفاء نقص أهليته كتقديم شهادة ميلاد مزورة تدل على بلوغه سن الرشد.

٤٠ ـ **عبء إثبات انعدام الأهلية أو نقصها:** تنص المادة ١١٦ مدني أردني على أن «كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون»(٣). والذي يستخلص من هذا الحكم أن عبء إثبات نقص أو انعدام الأهلية على من يدعيه، فاذا إدعى أحد المتعاقدين نقص أهليته بغية التوصل إلى بطلان العقد، كان عليه اثبات هذا الادعاء؛ هذا ولما كانت القاعدة هي أهلية كل شخص للتعاقد ما لم يثبت العكس، وأن المتعاقد غير ملزم باعلان نقص أهليته، وجب على كل متعاقد أن يتأكد من كمال أهلية من يتعاقد معه والا تحمل تبعة تقصيره اذا ابطل العقد لنقص الأهلية.

ثانياً ـ العوامل التي تتأثر بها أهلية الأداء

٤١ ـ **مناط الأهلية:** مناط أهلية الأداء هو التمييز، والتمييز يتأثر بالسن كما يتأثر

---

١. راجع المادتين ٤٨ و٤٩ من التقنين المدني المصري.

٢. تشابه المادة ١١٩ من التقنين المدني المصري.

٣. تطابق المادة ١٠٩ من التقنين المدني المصري.

بعوارض أخرى قد تصيب الشخص بعد بلوغه سن الرشد كالجنون والعته، وهي عوارض تصيب العقل؛ أو يتأثر بعوارض تفسد التدبير وهي السفه والغفلة.

وعوارض الأهلية كالسن من حيث ارتباطها بالتمييز وتأثيرها بالتالي على الشخص، مع ملاحظة الفرق في الحكم بين الجنون والعته و بين الغفلة والسفه؛ فالصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم (م١٢٧/١ اردني) أي لا يتوقف حجرهم على صدور قرار من المحكمة بذلك؛ بينما يشترط لاعتبار السفيه أو ذي الغفلة ناقص الأهلية أن يصدر من المحكمة قرار بالحجر.

هذا وسنبحث أولا في السن ثم في عوارض الأهلية.

٤٢ ـ **السن** : حدد المشرع الاردني وكذا المشرع المصري سن التمييز بسبع سنوات فنصت المادة ٤٤ من القانون المدني الأردني على أنه «١ ـ لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون. ٢ ـ وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز»(١). كما نصت المادة ٣/١١٨ على أن «سن التمييز سبع سنوات كاملة».

وفاقد التمييز ليست له أهلية أداء، ولذا لا يستطيع مباشرة أي تصرف من التصرفات القانونية ولو كانت نافعة له نفعا محضاً كقبول الهبة، وهذا الحكم مستفاد من نص المادة ١١٧ التي تقرر أن «ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله وتكون جميع تصرفاته باطلة»(٢).

فاذا بلغ الصبي سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد كانت له أهلية أداء ناقصة تخوله مباشرة بعض التصرفات القانونية، وعلى هذا نصت المادة ٤٥ أردني بقولها «كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون»(٣)

والتصرفات التي لناقص الأهلية تناولها المشرع الأردني في المادة ١١٨ التي تنص على أن «١ ـ تصرفات الصغير المميز صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا، و باطلة متى كانت ضارة ضرراً محضا. ٢ ـ أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتعقد موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها له التصرف إبتداء أو إجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد».

---

١. تطابق المادة ٤٥ من التقنين المدني المصري.

٢. تطابق المادة ١١٠ من التقنين المدني المصري.

٣. تطابق المادة ٤٦ من التقنين المدني المصري.

وظاهر من هذا النص أن تصرفات ناقص الأهلية النافعة له نفعا محضا كقبوله الهبة الصادرة إليه تقع صحيحة؛ أما التصرفات الضارة به ضرراً محضاً كالتبرع الصادر منه فتقع باطلة، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتعقد موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها له التصرف ابتداء أو إجازة القاصر نفسه بعد أن يبلغ سن الرشد.

وتتفق أحكام القانون المدني الأردني مع أحكام القانون المدني المصري في شأن تصرفات الصبي المميز النافعة نفعاً محضاً والضارة ضرراً محضا (م ١١١/ ١ مدني مصري)؛ أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فهي موقوفة على إجازة الولي في القانون الاردني، وإن كانت في نفس الوقت تعتبر قابلة للابطال بالنسبة للقاصر (م ١٣٤/ ١ مدني أردني) بمعنى أن إجازة الولي للعقد لا تمنع القاصر من طلب إبطاله بعد بلوغه سن الرشد.

أما في القانون المصري فان التصرفات الدائرة بين النفع والضرر تعتبر قابلة للابطال باديء الأمر (م ١١١/ ٢ مدني مصري)؛ وفرق بين الوقف والقابلية للابطال.

فالعقد الموقوف عقد صحيح ولكنه غير نافذ، و يظل موقوفا على الاجازة. فان أجيز نفذ وإن لم يجز بطل.

أما العقد القابل للابطال فهو عقد صحيح نافذ حتى يقضي ببطلانه، فان قضي ببطلانه اعتبر كأن لم يكن.

هذه هي القواعد العامة في شأن أهلية الصغير المميز، غير أنه استثناء من هذه القواعد منح المشرع الاردني الصبي المميز أهلية أداء كاملة في حالات معينة يكون مأذونا فيها، والى هذا الحكم أشارت المادة ١٢٠ مدني اردني بقولها «الصغير المأذون في التصرفات الداخلة تحت الاذن كالبالغ سن الرشد».

والاذن قد يصدر من الولي أو من المحكمة. فللولي بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير اذا أكمل الخامسة عشرة مقداراً من ماله و يأذن له في التجارة تجربة له، والاذن قد يكون مطلقا كما قد يكون مقيداً (م ١١٩/ ١)، ولا يبطل الاذن إذا توفي الولي الذي أذن الصغير أو انعزل من ولايته (م ١١٩/ ٢). وللولي بعد صدور الاذن اذا خشي من سوء تصرفات الصغير أن يحجر عليه وأن يبطل الاذن، و يكون حجره على الوجه الذي أذنه به (م ١٢١).

وفي حالة امتناع الولي عن الاذن يجوز للمحكمة أن تأذن الصغير، إذا رأت أن امتناع الولي ليس له ما يبرره، وليس للولي أن يحجر على الصغير بعد ذلك (م ١٢٢/ ١)؛

أمـا المـحـكمة فلها بعد الاذن أن تعيد الحجر على الصغير إذا خشيت عليه من تصرفاته (م ٢/١٢٢).

وإذا بـلـغ الـشـخـص سـن الـرشـد وهي ثماني عشرة سنة شمسية كاملة متمتعا بـقواه العقلية استكمل التمييز و بالتالي تمام الأهلية، وارتفعت عنه الولاية أو الوصاية، والى هذا أشارت المادة ٤٣ مدني أردني بقولها «١ ــ كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعا بـقـواه الـعـقـلـيـة ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. ٢ ــ وسن الرشد هي ثماني عشرة سنة شمسية كاملة»(١).

٤٣ ــ **الجـنـون** : الـجـنـون مرض يعتري الشخص يؤدي إلى زوال العقل، وفي القانون المـدنـي الاردنـي يـعـتـبر المجنون محجوراً لذاته، نزولا على حكم المادة ١٢٧/ مدني التي تقضي بأن الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم.

والـجنون قد يستوعب كل أوقات المريض به، وهذا هو الجنون المطبق، وقد يجن المـريـض فـتـرة مـن الـزمـن و يـفـيـق أخـرى، وهـذا هو الجنون المتقطع(٢). وسواء أكان الـجـنـون مـطـبـقـاً أي مستمراً، أم غير مطبق أي متقطع، فهو معدم للأهلية، فلا يصح تـصرف المـجـنون في حالة جنونه، أما تصرفه في حالة الافاقة في الجنون غير المطبق فهو صحيح، وعلى هذا الحكم نصت المادة ٢/١٢٨ مدني بقولها «المجنون المطبق هو في حكم الصبي غير المميز. أما المجنون غير المطبق فتصرفاته في حال إفاقته كتصرف العاقل».

٤٤ ــ **الـعـتـه** : المـعـتوه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير، إلا أنه لا يـضـرب ولا يـشـتـم (راجـع المـادة ٩٤٥ من المجلة). والعته مرض عقلي يصيب الشخص عـادة بـسـبـب الـتـقـدم في الـسن أو المرضى كتصلب شرايين المخ؛ وإذا كانت الشيخوخة وحـدهـا، وهي أولى مراحل الانحطاط العقلي لا تكفي بمفردها للقول بانعدام الارادة، الا أنها قد تكون سببا في إصابة الشخص بالعته.

والمعتوه كما يقول فقهاء الشريعة الاسلامية يكون عند صاحبه بقية من العقل، ولـذا تـكون أهليته ناقصة كالصبي في دور التمييز، وعلى ذلك نصت المادة ١/١٢٨ بقولها

---

١. تـقـابـل المادة ٤٤ من التقنين المدني المصري التي تنص على أن «١ ــ كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بـقـواه الـعـقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. ٢ ــ وسن الرشد هي أحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة».

٢. يـشـتـرط في الـجـنـون المطبق أن يمتد الى مدة معينة، قيل هي شهر كامل وقيل هي سنة (راجع الأقوال المختلفة في هذا الموضوع، وفي شرح علي حيدر تحت المادة ٩٤٤ من المجلة).

«المعتوه هو في حكم الصبي المميز» ولذا يسري عليه على تصرفات الصبي المميز من أحكام، بما فيها الصلح ولذا نص المشرع في المادة ٦٤٩ (مدني أردني) على أن «صلح الصبي المميز والمعتوه المأذونين صحيح إذا لم يكن لهما فيه ضرر بين.... الخ».

٤٥ ـ **السفيه وذو الغفلة** : السفيه هو المغلوب بهواه فيعمل بخلاف موجب العقل والشرع مع قيام العقل حقيقة (١). وذو الغفلة هو من لا يهتدى إلى التصرفات الرابحة فيغبن لسلامة قلبه. وسواء اعتبرنا الغفلة عارضا مستقلا عن السفه، أو نوعاً من السفه (م ٩٤٦ مجلة) فحكمهما واحد في القانون الأردني.

وفي هذا القانون تأخذ تصرفات السفيه وذي الغفلة حكم تصرفات الصبي المميز إذا صدرت بعد إعلان قرار الحجر؛ أما قبل إعلان قرار الحجر فالأصل أن تعتبر صحيحة ونافذة، الا إذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ. ذلك أن السفيه أو ذي الغفلة كثيراً ما يلجأ ـ إذا ما توقع الحجر عليه ـ الى تبديد أمواله بالتواطؤ مع الغير، أو يغتنم الغير ما يعانيه من نقص بسبب السفه أو الغفلة، فيستغل هذا النقص بابتزاز أمواله، فرد المشرع هذا القصد على صاحبه. وجميع الأحكام السابقة في شأن حكم تصرفات السفيه وذي الغفلة قبل إعلان قرار الحجر أو بعد إعلانه نص عليها المشرع في المادتين ١٢٧ و١٢٩ مدني.

وتقضي المادة ١٢٧ في فقرتيها الثانية والثالثة بأن «٢ ـ أما السفيه وذو الغفلة فتحجر عليهما المحكمة وترفع الحجر عنهما وفقا للقواعد والاجراءات المقررة في القانون. ٣ ـ يبلغ قرار الحجر للمحجور و يعلن للناس سببه وتكون تصرفاته قبل ذلك نافذة».

وتنص المادة ١٢٩ على أنه «١ ـ يسرى على تصرفات المحجور للغفلة أو السفه ما يسرى على تصرفات الصبي المميز من أحكام، ولكن ولي السفيه المحكمة أو من تعينه للوصاية عليه وليس لأ بيه أو جده أو وصيهما حق الولاية عليه. ٢ ـ أما تصرفاته قبل الحجر فمعتبرة إلا إذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ».

هذا مع ملاحظة أن تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو الوصية صحيح متى أذنته المحكمة في ذلك (م ١/١٣٠ مدني)؛ أما أعمال الادارة الصادرة عن المحجور عليه لسفه المأذون له بتسلم أمواله فصحيحة في الحدود التي رسمتها الجهة

---

١. آية السفه التبذير ولو كان في وجوه البر عند الحنفية، أما الشافعي فلم يجعل الاسراف في الانفاق في وجوه البر سفهاً (راجع رد المحتار جـ ٥ «كتاب الحجر») وتبيين الحقائق ح ٥، ص ١٩٢.

التي أصدرت الاذن (م ١٣٠/٢ مدني).

وتبين القوانين والأنظمة الاجراءات التي تتبع في الحجر على المحجورين وادارة أموالهم واستثمارها والتصرف فيها، وغير ذلك من المسائل المتعلقة بالولاية والوصاية والقوامة (م ١٣١ وتعتبر التصرفات الصادرة من القوام (وكذلك الأولياء والأوصياء) صحيحة إذا تمت في الحدود التي رسمها القانون (م ١٣٣ مدني).

٤٦ ـ **العاهة المزدوجة** : تنص المادة ١٣٢ مدني على أنه «إذا كان الشخص أصم أبكم أو اعمى أصم أو اعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له وصيا يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك»[١]. وظاهر من هذه المادة أن من تقرر مساعدته لاجتماع عاهتين من عاهات ثلاث وهي العمى والبكم والصمم ليس ناقص الأهلية، وأن تقرير المساعدة هذه ليس نوعا من أنواع الحجر عليه، بل هما نوع من الحماية له بمساعدته في التعبير عن إرادته، ولذا لا يعتبر الوصي المساعد نائبا عمن تقررت مساعدته، بل إن التصرف القانوني الذي يبرم في هذه الحالة، يعتبر منعقداً بارادة صاحب الشأن، و يقصر دور الوصي المساعد على ترجمة هذه الارادة.

---

١. راجع المادة ١١٧ من التقنين المدني المصري.

المبحث الثاني
وجود التراضي

٤٧ ـ **معنى التراضي** : التراضي هو تطابق الايجاب والقبول كتعبيرين عن إرادتي طرفي العقد، وعلى هذا نصت المادة ٩٠ من القانون المدني الأردني بقولها «ينعقد العقد بمجرد ارتباط الايجاب بالقبول مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد» (١).

ولم يكتف المشرع الاردني ببيان متى ينعقد العقد، بل تطرق الى تعريف العقد نفسه (علما بأن التعريف أصلا من وظيفة الفقيه لا من وظيفة المشرع)، فقرر في المادة ٨٧ أن «العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه و يترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر».

وعادة يتعاقب التعبير عن هاتين الارادتين المتطابقتين فيصدر الايجاب أولا ثم يتبعه قبول مطابق له، ولو أنه في بعض الأحيان قد يتعاصر التعبير عن هاتين الارادتين المتطابقتين كما هو الشأن في الرهان على سباق الخيل.

ودراسة تطابق الارادتين يستدعى البحث في الارادة، ثم في كيفية التعبير عنها، وأخيراً في توافق إرادتي طرفي العقد.

---

١. تقابل المادة ٨٩ من التقنين المدني المصري.

المطلب الأول
الارادة

٤٨ ــ **المقصود بالارادة :** يرى علماء النفس في تحليلهم للارادة كظاهرة نفسية أنها تمر بمراحل أربع : الأولى منها مرحلة التصور (conception) وفيها يستحضر الشخص العمل القانوني الذي يريد إبرامه، والثانية مرحلة التدبر (délibération) وفيها يوازن الشخص بين شتى الاحتمالات والنتائج؛ والثالثة هي مرحلة التصميم (volition) وفيها يبت الشخص في الأمر، وهذه المرحلة هي جوهر الارادة أو هي الارادة نفسها؛ والرابعة مرحلة التنفيذ (exécution) التي ينقل فيها الشخص إرادته من كامن نفسه الى العالم الخارجي، فيفصح عن إرادة معينة تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين.

والارادة كما يظهر من هذا التحليل تستدعي نشاطاً ذهنياً معيناً، ولذا يشترط المشرع فيمن تصدر عنه أن يكون متمتعا بنصيب معين من القوى الذهنية، وهذه القوة، كما سبق أن رأينا لا تتوافر إلا إذا بلغ الشخص سناً معيناً، وكان سليماً من سائر الآفات العقلية، غير أنه حتى مع توافر هذا الشرط قد تصادف الارادة ظروفا تحد من حريتها وسلامتها كالاكراه والتغرير والغلط، ولذا يتطلب المشرع براءتها من هذه العيوب كذلك، كما سيأتي بعد.

٤٩ ــ **الارادة الجدية :** والارادة لا ترتب أثرها من نشوء الرباط التعاقدي وقيام الالتزام الا اذا كانت جدية، ولا تعتبر جدية إرادة الهازل وهو من لا يقصد باللفظ الصادر منه معناه الحقيقي أو المجازي، ولا الارادة المعلقة على شرط إرادي محض كمن يقول لآخر أبيعك أرضي إذا أردت أنا؛ ولا الارادة الصورية لأن العقد الصوري لا وجود له، ولا الارادة المقترنة بتحفظ ذهني معلوم من الطرف الآخر ولا إرادة السكران إذا كان في حالة غيبة عقلية نتيجة ما تعاطاه من سكر؛ ولا الارادة الصادرة في مجال المجاملات الاجتماعية كدعوة صديق إلى نزهة في سيارة أو إلى مأدبة غذاء.

٥٠ ــ **الارادة الباطنة والارادة الظاهرة :** [١] الارادة وان كانت في الأصل ظاهرة نفسية إلا إنها عند إعلانها إلى العالم الخارجي تصبح ظاهرة إجتماعية، وقد تختلف الارادة كظاهرة نفسية عن الارادة كظاهرة اجتماعية، أي قد تختلف الارادة الكامنة عن الارادة المعلنة بسبب غموض في التعبير مثلا أو خطأ فيه، وفي هذه الحالة يصح التساؤل بأي الارادتين يؤخذ، بالارادة الكامنة أي الباطنة (volonté interne) أم

---

١. يراجع في هذا الموضوع : «سالي» في الاعلان عن الارادة ــ «بنكاز» تكملة «بودري» جـ ٢ ــ «ديموج» في الالتزامات جـ ١ ــ «ديريه» رسالة في تفسير التصرفات القانونية سنة ١٩٠٥.

بالارادة المعلنة أي الظاهرة (volonté externe)؟ اختلفت المدارس في هذا الشأن، فهناك المدرسة الفرنسية والمدرسة الالمانية، كما أن هناك موقف الفقه إسلامي في هذا الموضوع.

أما المدرسة الفرنسية فتعتد بالارادة الباطنة أي بالارادة كظاهرة نفسية، وتعتبر الاعلان قرينة على هذه الارادة، غير أنه قرينة قابلة لاثبات العكس، بمعنى أنه إذا ثبت أن الاعلان عن الارادة لا يتفق وحقيقتها، وجب الأخذ بحقيقة الارادة لا بالاعلان عنها، وإن أدى هذا إلى عدم انعقاد العقد، وإن كان يخفف من هذه النتيجة الضارة بمن أطمأن إلى الارادة الظاهرة، أن له الحق في الرجوع بالتعو يض على أساس المسؤلية التقصيرية على من أعلن إرادة مخالفة لارادته الباطنة.

أما المدرسة الألمانية التي ظهرت في منتصف القرن التاسع عشر فترى أن القانون أنما يعني بالظواهر الاجتماعية دون الظواهر النفسية، وعلى ذلك يجب الاعتداد بالارادة الظاهرة أي بالحقيقة الاجتماعية دون الارادة الباطنة أي دون الحقيقة النفسية، لأن في هذا ما يضمن سلامة المعاملات واستقرارها. ولا يتطلب أصحاب نظرية الارادة الظاهرة أن يأخذ الاعلان شكلا معينا، بل يكتفون بمجرد الاعلان سواء اتخذ طريقا صريحا أم طريقا ضمنيا، ومتى تم الاعلان وصادفه إعلان مطابق انعقد العقد، ولا يقبل بعد ذلك إثبات مخالفة الاعلان لحقيقة الارادة.

وظاهر من مقارنة هاتين النظريتين أنهما تستندان إلى فكرتين فلسفتين واجتماعيتين مختلفتين، لأن الأولى رائدها الارادة الحرة المختارة، على حين أن الثانية رائدها حماية الأمن واستقرار المعاملات.

أما فقهاء الشريعة الاسلامية فالأصل عندهم أن العقد لا يوجد إلا إذا وجدت إرادتان؛ إرادة باطنة تعرف عند الفقهاء بالنية، وإرادة ظاهرة تعرف عندهم بالصيغة، والأولى هي الأصل، ووظيفتها التوجيه للظاهر والثانية دالة على الاولى، ووظيفتها إبراز ما في النفس، فهي المؤثر الظاهر في وجود العقد في الخارج.

وكما سبق أن ذكرنا لا يوجد العقد إلا بوجود الارادتين معاً، فاذا وجدت الارادة الظاهرة وحدها فلا تفيد شيئاً، كما إذا صدرت العبارة ممن ليس له إرادة كالصبي غير المميز أو المجنون، لأن الارادة الظاهرة ما هي الادليل معبرعما في النفس، فاذا لم توجد إرادة باطنة لا تكون هذه دالة على شيء، وعند انتفاء دلالتها ينتفي عملها واذا ظلت الارادة الباطنة حبيسة النفس، ولم يعلن عنها، استمرت عاطلة عن كل عمل.

والأصل عند فقهاء الشريعة الاسلامية أن العقد ينعقد وتترتب عليه آثاره عند تطابق هاتين الارادتين، ولكنهم اختلفوا في حالة عدم تطابقهما، فالشافعية لا يعتدون

الا بالارادة الظاهرة؛ أما الحنابلة فعلى العكس يفتشون على النيات، و يجعلون لها المقام الأول، وحجتهم في ذلك أن الألفاظ ما هي إلا ترجمة لما يجول في النفس من أغراض ونيات ولا اعتبار لها الا من هذه الناحية، فلا بد اذا من أن تكون مطابقة لها، فاذا ظهرت مخالفتها بقرينة من القرائن لم تكن معبرة عما جعلت دليلا عليه فلا يعتد بها.

أما المالكية، فمذهبهم أقرب إلى مذهب الحنابلة في الاعتداد بالارادة الباطنة، أما الحنفية فهم أقرب إلى الارادة الظاهرة منهم إلى الارادة الباطنة، فأبو حنيفة يعتد بظاهر الارادة دون النية.

هذه هي المذاهب المختلفة في شأن الارادة الباطنة والارادة الظاهرة، وإذا نظرنا إلى تشريعاتنا الوضعية نجد أن التشريع المصري اختط لنفسه طريقا وسطا قوامه الارادة الباطنة مع التخفيف من نتائجها في حالات معينة أخذ فيها بالارادة الظاهرة كما في تكوين العقد إذ نصت المادة ٩٢ من التقنين المدني على أنه «إذا مات من صدر منه التعبير عن الارادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فان ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه» وأساس هذا الحكم هو الارادة الظاهرة التي تبقى بعد موت صاحبها أو بعد فقد أهليته، لا الارادة الباطنة التي تتصل بصاحبها فتزول بموته أو بفقد أهليته.

أما المشرع الأردني، متأثراً في ذلك بالشريعة الاسلامية، فقد اعتنق نظرية الارادة الظاهرة طارحاً جانباً نظرية الارادة الباطنة، فالعقد كما تقول المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني، لا يتم بمجرد توافق الارادتين، ولكن عند تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين (١).

١. المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول، ص ٩٥.

المطلب الثاني
التعبير عن الارادة

٥١ ـ **التعبير في العقود الرضائية :** القاعدة العامة فيما يتعلق بانعقاد العقد في الرضائية إلا إذا تطلب القانون أوضاعا معينة بجانب التراضي لتمام العقد (م ٩٠ مدني أردني).

والتعبير عن الارادة في العقود الرضائية لا يخضع لشكل خارجي معين، ولذا يصح أن يكون صريحاً أو ضمنياً، معلناً بالقول أي بالألفاظ، مباشرة أو بواسطة الهاتف أو بواسطة شريط مسجل. أو بالكتابة في أشكالها المتعددة من كتابة بخط اليد أو بآلة كاتبة أو بآلة طابعة أصلا كان أو صورة، موقعا عليها أو غير موقع، بخطاب أو نشرة أو إعلان، أو سند عرفي أو سند رسمي، أو بالاشارة المتداولة عرفا كهز الرأس عموديا دلالة على القبول أو افقيا دلالة على الرفض، يستوى في ذلك أن تصدر الاشارة من الأخرس أو غير الأخرس، أو باتخاذ موقف لا يدع شكاً في دلالته على المقصود منه كالجلوس في عربة نقل إذ به ينعقد عقد النقل، أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي، وعلى هذا نصت المادة ٩٣ من القانون المدني الأردني بقولها «التعبير عن الارادة يكون باللفظ و بالكتابة و بالاشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الأخرس، و بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي و باتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على التراضي».

غير أن هذه الحرية التي للمتعاقدين في التعبير عن إرادتيهما يحد منها ما يتطلبه القانون في شأن إثبات العقد، ولذا يلجأ المتعاقدان عادة إلى الكتابة كوسيلة لأثبات العقد الذي انعقد بينهما، خاصة اذا لم يكن هذا العقد واجب النفاذ في الحال، بأن كان مؤجلا أو كان تنفيذه يتم على فترات متجددة.

٥٢ ـ **التعبير الصريح والتعبير الضمني :** الأصل أن التعبير الضمني كالتعبير الصريح في قوته (١)، غير أنه في بعض الأحيان يجب أن يكون التعبير صريحا، إما لأن القانون يتطلب ذلك، وإما لأن المتعاقدين قد اتفقا على هذا الأمر.

من ذلك ما يستفاد من المادة ١/٤ في البند «د» من قانون المالكين والمستأجرين الأردني لسنة ١٩٥٢ من أنه يجوز إخراج المستأجر من العقار «إذا أجر المستأجر بدون

---

١. ذهبت محكمة التمييز الى أن إيراد المؤجر على ظهر سند الايجار بانه استلم الأجرة من المستأجر (صاحب الشركة....) يفيد أن دفع الأجرة من قبل المستاجر لم يكن بصفته الشخصية وإنما بصفته صاحب الشركة المذكورة. و ينبني على ذلك أن هذا الأقرار يعتبر موافقة من المؤجر على إشغال المأجور من قبل الشركة (تمييز حقوق رقم ٦٩/٧٨ مجلة نقابة المحامين ١٩٧٨ س ٢٦ عـ ٧ ـ ١٢ ص ٨٦٢).

موافقة المالك الخطية العقار أو قسما منه....» فهنا يتطلب المشرع ليس فقط الموافقة الصريحة بل يستلزم أن تكون هذه الموافقة الصريحة على التأجير من الباطن ثابته بالكتابة (١).

كذلك قد يتفق المتعاقدان على وجوب أن يكون التعبير عن الارادة صريحا، كما لو اتفق المؤجر مع المستأجر على أنه لا يجوز لهذا الأخير إحداث تغيير في العين المؤجرة إلا باذن صريح من المؤجر.

ولما كان التعبير الضمني لا يرقى في بعض الأحيان كما رأينا الى مرتبة التعبير الصريح وجب التفرقة بينهما، ومن بين مختلف المعايير التي تداولها الفقه في صدد هذه التفرقة يوجد معياران، هما أكثر هذه المعايير ذيوعاً، أولهما يحتكم الى فكرة المألوف وغير المألوف في أسلوب التعبير أو طريقته.

فالتعبير يكون صريحاً إذا كان أسلوب الافصاح عن الارادة من قول أو كتابة أو إشارة أو نحو ذلك، من الأساليب الموضوعة للكشف عن هذه الارادة حسب المألوف بين الناس، و يكون ضمنياً إذا لم يكن أسلوب الافصاح من بين الأساليب التي ألف الناس استعمالها للكشف عن الارادة، ولكن لا يمكن تفسيره الا بافتراض هذه الارادة.

وثانيهما يرى أن التعبير الصريح هو التعبير المباشر، والضمني هو التعبير غير المباشر؛ والتعبير المباشر سواء كان قولا أو كتابة أو إشارة هو الذي يقصد به إيصال الاعلان عن الارادة إلى من توجه إليه، أما التعبير غير المباشر فهو الذي يستدل منه على وجود الارادة دون أن يقصد به أيضاً الاعلان عن هذه الارادة مباشرة، كالموعود بالبيع يتصرف في العين الموعود ببيعها إليه، فيدل ذلك على قبول البيع، وكالدائن يسلم سند الدين للمدين، إذ في هذا دليل على أنه أراد انقضاء الدين ما لم يثبت عكس ذلك.

و واضح مما سبق أن الفارق العملي بين المعيارين المذكورين ضئيل، إن لم يكن معدوما، لأن الأسلوب المألوف في التعبير عن الارادة هو في الوقت ذاته الأسلوب المباشر؛ في حين أن الأسلوب غير المباشر ليس في الغالب بالأسلوب المألوف. هذا و يلاحظ أن الايجاب والقبول سواء في كيفية التعبير فقد يكون كلا منهما صريحا أو ضمنيا، و إلى هذا أشارت المادة ٩١/١ مدني أردني بقولها «الايجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لانشاء العقد وأي لفظ صدر أولا فهو إيجاب والثاني قبول».

٥٣ ـ **التعبير عن الايجاب :** يتخذ التعبير عن الايجاب عادة مظهراً صريحا سواء

---

١. قبض الأجرة لا يستفاد منه الموافقة الضمنية على مخالفات المستأجر (تمييز ١٤/٤/١٩٨١ مجلة نقابة المحامين ١٩٨١ س ٢٩ رقم ١٢٣ ص ١٥٦٢ ع ٩ ـ ١٢).

كـان ذلـك بـالـقول أو بالكتابة أو بالاشارة أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكل في دلالـتـه على حـقـيـقـة المقصود، كعرض التاجر بضائع، في واجهات المحل التجاري أو في داخـلـه، إذا كـان الـدخـول مباحا للجمهور، مع وضع بطاقات ببيان أثمانها عليها، والى هـذا أشـارت المـادة ١/٩٤ مـدنـي اردنـي بـقـولـهـا «يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجـابـا». كـذلـك قـد يـكـون الايجاب ضمنيا، كالايجاب الصادر من سائق عربة ركوب والمستفاد من وقوفه في الطريق لنقل من يتقدم إليه من الناس.

هـذا ولا يـشـتـرط في الايـجـاب أن يـكـون مـوجـهـا الى شـخـص مـعين بالذات بل الايـجـاب يـصـح ولـو كـان موجها لشخص غير معين كالايجاب الموجه إلى الجمهور عن طـريـق الـنـشـرات، أو الاعـلانـات في الـصـحـف أو عن طريق عرض البضائع في واجهات المـحـلات الـتجارية، إذا لم يكن هناك شك في حقيقة المقصود منه باعتباره ايجابا، فاذا كـان هـنـاك شـك اعـتـبـر مـجـرد دعوة إلى التفاوض، وعلى هذا نصت المادة ٢/٩٤ مدني أردنـي بـقـولـهـا «أما النشر والاعلان و بيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر مـتـعلق بعرض أو بطلبات موجهة للجمهور أو للأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجابا وإنما يكون دعوة الى التفاوض».

٥٤ ــ **الـتـعـبـيـر عـن الـقـبـول :** قد يكون التعبير عن القبول صريحا أو ضمنيا كذلك، والـتـعـبـيـر الـضـمـنـي يصادف عـادة في القبول عنه في الايجاب، و يعتبر من قبيل القبول الضمني قيام الوكيل بتنفيذ الوكالة، إذ يدل هذا على قبوله لها.

٥٥ ــ **دلالـة الـسـكـوت :** يـتـعـيـن قـبـل الكلام في السكوت التفرقة بينه و بين التعبير الـضـمـنـي، لأن الـتـعـبـير الضمني وضع إيجابي يستفاد من بعض الوقائع أما السكوت فـوضـع سـلـبـي؛ ولـما كـانـت الارادة عـمـلا إيـجـابـيـاً فلا يتصور كقاعدة عامة أن يكون الـسـكـوت تـعـبـيراً عنها (م ١/٩٥ مدني أردني) والسكوت لا يتضمن على وجه الاطلاق ايـجـابـا لأنـه عـدم، والـعـدم لا يـنـبـىء بشيء، وهـو كـذلك لا يتضمن قبولا، ولذا ذهبت المـحـاكـم الـفـرنسية إلى أن سكوت تاجر عن الرد على خطاب من صاحب مصرف يعتبره فـيـه مـسـاهـمـا في شـركـة مـعـيـنـة، و يخبره فيه أنه قيد في حسابه قيمة الأسهم التي احـتـسـبها عليه، لا يعتبر قبولا بالاكتتاب في الأسهم المذكورة، كما لا يعتبر قبولا سكوت شـخـص تـلـقـى مـن دار نشر مجلة دورية ولو ذكر أن عدم الرد يعد قبولا. كذلك لم يقر الـقـضـاء الـفـرنسي مـا تـلجأ إليه المحلات التجارية من طريقة لزيادة مبيعاتها بارسال عـيـنـات أو بـضـائـع لـلأشـخـاص في مـحـل إقامتهم مع ذكر أن عدم رد البضاعة في مدة معينة يعتبر قبولا.

على أن الـسـكـوت يـعـتـبـر قـبـولا إذا كـان ملابسا؛ وقد نص المشرع الاردني على

القاعدة في شأن السكوت والاستثناء فيما يتعلق بمدى صلاحيته للتعبير عن إرادة القبول في المادة ١/٩٥ مدني بقوله «لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان و يعتبر قبولا». وهذا النص مستمد من الفقه الاسلامي (١)، الذي يرى أن السكوت مظهر سلبي محض للتعبير عن الارادة، فالساكت لا يعبر بطريق ايجابي عن أية إرادة وهذا هو معنى عبارة «لا ينسب إلى ساكت قول» (٢)، وهذا الحكم ينصرف إلى الايجاب لأن الايجاب لا يمكن استخلاصه من مجرد السكوت، أما القبول فيمكن استخلاصه من الظروف الملابسة، ولذا أكمل المشرع الاردني العبارة السابقة بقوله ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان. وقد أتى المشرع بتطبيقين للسكوت الملابس في الفقرة الثانية من المادة ٩٥ التي تقضي بأنه «و يعتبر السكوت قبولا بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل أو اذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه».

فاذا جرى التعامل بين التاجر والعميل على أن يرسل التاجر إلى هذا الأخير بضاعة في فترات معينة ولا يقوم العميل بردها، فان هذا يعتبر قبولا من جانب العميل؛ كذلك يعتبر السكوت قبولا إذا تمخض الايجاب عن منفعة لمن وجه إليه، كعارية استعمال تعرض على المستعير فيسكت؛و بجانب التطبيقين الواردين في المادة ٢/٩٥ للسكوت الملابس، توجد تطبيقات أخرى؛ من ذلك إذا كان العرف التجاري يقضي باعتبار السكوت دليلا على الرضا، ومما جرى به العرف التجاري مثلا أن يرسل المصرف إلى العميل بياناً بحسابه و يذكر أن عدم الاعتراض على هذا البيان في مدة معينة يعتبر إقراراً له» (٣)

٥٦ ــ **القبول في عقود المزاد**: تنص المادة ١٠٣ على أنه «لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزايدة و يسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو وقع باطلا أو باقفال المزايدة دون أن ترسو على أحد، ذلك مع عدم الاخلال بأحكام القوانين الأخرى».

والذي يعنينا في عقود المزاد وهي تعرف في الفقه الاسلامي «بيع من يزيد» هو

---

١. نصت على هذا الحكم المادة ٦٧ من المجلة، كما أوردت تطبيقات لحكمه في مواد عديدة فيها (أنظر م ٢٧٦، ٤٣٨، ٨٠٥، ١٦٥٩). أنظر كذلك الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٧٨؛ والاشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٧ و٩٨).

٢. ذهبت محكمة التمييز إلى أن مجرد سكوت باقي الشركاء في الارض عن الاجارة لا يكفي لاعتبارهم موافقين عليها إذ لا ينسب الى ساكت قول (تمييز رقم ٧٧/١٦٣ ص ١٠٨٧ مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٧٧ س ٢٥ ٨٥٧).

٣. راجع: «ديموج» في الالتزامات ج ١ بند ١٨٥ وما بعده وجـ٢ بند ٥٥٦ ــ «بنكاز» تكملة «بودرى» جـ٢ بند ٣٩٥.

تحديد متى يتم الايجاب ومتى يتم القبول ؟ وقد أجابت على ذلك المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني (١) بقولها «ينطبق هذا النص على جميع عقود المزايدات و بوجه خاص على البيوع والايجارات التي تجرى بطريق المزايدة، فافتتاح المزايدة على الثمن ليس الا دعوة للتقدم بالعطاءات، والتقدم بالعطاء هو الايجاب. أما القبول فلا يتم إلا برسو المزاد».

«و يراعى أن العطاء الذي تلحق به صفة الايجاب وفقاً لحكم النص يسقط بعطاء يزيد عليه حتى لو كان هذا العطاء باطلا كما إذا صدر من شخص لا يجوز له التعاقد في الصفقة المطروحة في المزاد، كقاضي يتقدم بعطاء في مزاد لبيع عين متنازع عليها و يقع نظر النزاع في اختصاصه، أو موقوفاً كما إذا صدر من قاصر، بل ولو رفض فيما بعد. و يسقط كذلك إذا أقفل المزاد دون أن يرسو على أحد، وليس في ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة، فما دام التقدم بالعطاء هو الايجاب، فهو يسقط اذا لم يصادفه القبول قبل انقضاء الميعاد المحدد، أما الميعاد في هذا الفرض فيحدد من دلالة ظروف الحال ومن نية المتعاقدين الضمنية، وهو ينقضي بلا شك عند التقدم بعطاء أكبر أو باقفال المزاد دون أن يرسو على أحد».

«و يلاحظ أن من تقدم بعطاء يعتبر عطاؤه إيجابا وهو هنا ايجاب ملزم لأن ظروف الحال تدل على أن من تقدم بعطاء أراد أن يتقيد به ولا يرجع عنه، و يبقى مقيداً بعطائه إلى أن يسقط هذا العطاء بعطاء أزيد على الوجه الذي تقدم أو حتى تنتهي جلسة المزاد دون أن يرسى عليه المزاد، أما اذا أرسى عليه المزاد فقد تم البيع على ما ذكر».

هذا و يلاحظ أنه بالنسبة للمزادات التي يشترط فيها صاحب الشأن أن له الحق في قبول أو رفض أي عطاء، لا يتم إرساء المزاد إلا بعد أن يستعمل صاحب الخيار حقه.

٥٧ ـ **القبول في عقود الاذعان** : إذا كان الوضع العادي في انعقاد العقد أن تسبقه مفاوضات يتناقش فيها الطرفان في شروط العقد وأحكامه، إلا أنه قد يحدث، وهذا كثير الوقوع الآن، أن أحد الطرفين يكون من القوة من الناحية الاقتصادية بحيث يفرض إرادته على الطرف الآخر، فيعرض عليه شروطا يتعين عليه قبولها أو رفضها دون مناقشة، بحيث يكون القبول في مثل هذه الحالات إقرب إلى معنى التسليم فيه إلى معنى المشيئة، و يطلق على العقود التي من هذا النوع اسم عقود الاذعان (contrats d'adhésion)، وقد انتشر هذا النوع من العقود مع انتشار

---

١. المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني جـ١ ص ١١١ و١١٢.

شركات الاحتكار للمرافق العامة وللسلع الضرورية كما هو الشأن بالنسبة لشركات أو مؤسسات الغاز والكهرباء والمياه والسكك الحديدية، ومصالح البريد والتليفونات والتلغرافات، وشركات التأمين... الخ.

وقد تعرض المشرع الأردني للقبول في عقود الاذعان في المادة ١٠٤ بقوله «القبول في عقود الاذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها».

والأصل أن العقد يعتبر من عقود الاذعان إذا توافرت فيه خصائص معينة ذكرتها المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني(١) وهي:

أولا – أن يتعلق العقد بسلع أو مرافق يعتبر من الضروريات الأولية بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين.

ثانياً – احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعليا أو على الاقل عدم تعرضه بالنسبة لها إلا لمنافسة محددة النطاق.

ثالثا – أن يكون الايجاب موجهاً إلى الجمهور كافة بشروط متماثلة ولمدة غير محدودة.

وعادة تكون هذه الشروط مطبوعة و يقصد بها مصلحة الموجب، وهو وما نشاهده عند التعامل مع مصالح البريد والتلغراف والتليفون، وعقود العمل في الصناعات الكبيرة (٢)

هذا وقد أثارت طبيعة عقود الاذعان إشكالا في الفقة، فذهب البعض من الشراح، وغالبيتهم من فقهاء القانون العام، إلى إنكار صفة العقد عليها. غير أن غالبية الشراح، وأكثرهم من فقهاء القانون المدني، لم يسلموا بهذا الرأي الذي ينتهي الى اعتبار عقد الاذعان مركزاً قانونياً منظما (institution) بل يرون في عقد الاذعان عقداً بالمعنى القانوني، لأنه يتم بتوافق إرادتين؛ وإذا كانت احدى الارادتين

---

١. راجع المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني، جـ١ ص١١٣. و يعتبر ما ورد فيها مطابقاً لما ذكرته المذكرة الايضاحية للتقنين المدني المصري.
وراجع في هذا الموضوع: «سالى» في إعلان الارادة ص ٢٢٩ وما بعدها – «ديموج» في الالتزامات جـ٢ بند ٦١٦ وما بعده – «ريبير» في القاعدة الخلقية في الالتزامات ص ٥٥ وما بعدها – عبد المنعم فرج الصدة في عقود الاذعان رسالة من القاهرة سنة ١٩٤٦.

٢. إذا كانت الشريعة الاسلامية لم تعرف عقود الاذعان بالمعنى الذي نراه الآن في الفقه الغربي، الا أن هذا لا يمنع من أنها كرهت أو حرمت الاحتكار بوجه عام وتعقبته في صورتين من صوره التي كانت مألوفة وقت ذلك: في بيع متلقى السلع وفي بيع الحاضر للبادى، والى هاتين الصورتين راجع استاذنا المغفور له عبد الرزاق السنهوري أحكام عقد الاذعان في الفقه الاسلامي (مصادر الحق ٢: ٨٠ وما بعدها).

ضعيفة بالنسبة للأخرى فان هذا الضعف لا يبلغ مرتبة العيب، والا لجاز القول بأن عقود الشراء من المحلات التجارية الكبيرة ذات الأسعار المحددة وهي عقود يدخلها البعض في دائرة عقود الاذعان ـ هي بدورها عقود معيبة. أما عدم تعادل المراكز الاقتصادية لأطراف عقود الاذعان وما يصحب ذلك من نتائج فمن الممكن علاجه بطريقة اقتصادية هي تجمع المستهلكين وتعاونهم لمقاومة جشع المحتكرين، وبأخرى قانونية هي تدخل المشرع لابطال الشروط التعسفية التي درج المحتكرون على وضعها في هذا النوع من العقود.

وقد أخذ المشرع الأردني بهذا الرأي، وأتى بأحكام من شأنها التخفيف عن الطرف الضعيف في عقود الاذعان، فنص في المادة ٢٠٤ مدني على أنه «إذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقا لما تقض به العدالة، و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك»(١). وقد قصد المشرع بهذا النص حماية المستهلكين من جشع المحتكرين بتخويل القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية التي قد يتضمنها عقد الاذعان أو الغائها وإعفاء الطرف المذعن منها، وهذه السلطة التي لقاضي الموضوع لا يمكن نزعها منه أو الحد منها باتفاق خاص، لأن مثل هذا الاتفاق يقع باطلا(٢).

كذلك نص المشرع الأردني في المادة ٢٤٠ على أنه «١ ـ يفسر الشك في مصلحة المدين. ٢ ـ ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن»(٣). ذلك أنه إذا كان الأصل أنْ يفسر الشك في مصلحة المدين عند غموض عبارة التعاقد غموضا لا يتاح زواله، إلا أن المشرع استثنى من حكم هذا الأصل عقود الاذعان، فقضى بأن الشك فيها لمصلحة العاقد المذعن دائناً كان أو مديناً؛ إذ المفروض أن العاقد الآخر وهو أقوى العاقدين يتوافر له من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المذعن عند التعاقد شروطا واضحة بينة، فان لم يفعل ذلك كان عليه وزر تقصيره باعتباره المتسبب في غموض عبارة العقد.

---

١. تقابل المادة ١٤٩ من التقنين المدني المصري.

٢. ذهبت محكمة التمييز الى أن عقد التامين يعتبر عقد إذعان، وكل شرط تعسفي يعتبر باطلا عملا بالمادة ٢٠٤ من القانون المدني (تمييز حقوق رقم ٧٨/٢٩١ مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٧٩ س ٢٧ عـ١ ـ ٦ ص ٥٢).

٣. تطابق المادة ١٥١ من التقنين المدني المصري.

المطلب الثالث
توافق الارادتين

٥٨ ـ **تبادل التعبير عن الارادة:** يفترض العقد إيجاب يتبعه قبول، و يجب أن يكون القبول مطابقاً للايجاب حتى ينعقد العقد (م ٩٩/٢ مدني).

والايجاب والقبول هما كل لفظين مستعملين عرفا لانشاء العقد سواء كان ذلك باللغة العربية أم بلغة أخرى يفهمها المتعاقدان، ولا يشترط في ذلك لفظ معين ولا تركيب خاص؛ وأي لفظ يصدر أولا هو الايجاب وما يصدر ثانيا هو القبول (م ٩١/١ مدني)(١).

هذا وتنص الفقرة الثانية من المادة ٩١ مدني على أنه «و يكون الايجاب والقبول بصيغة الماضي، كما يكونان بصيغة المضارع أو بصيغة الأمر اذا أريد بهما الحال». فالعقد وفقاً لهذا النص ينعقد بصيغة الماضي مطلقا لأن هذه الصيغة تدل على إنشاء العقد وتحققه فعلا، إذ هذه الصيغة وإن كانت للماضي وضعا لكنها جعلت إيجابا للحال في عرف أهل الفقه والشرع، والعرف قاضي على الوضع.

أما صيغة المضارع وصيغة الأمر فينعقد بهما العقد إذا توافرت النية؛ وقد أخذ المشرع برأي مالك والشافعي في شأن صيغة الأمر من أنه ينعقد بها العقد متى دل معل الامر على إرادة العاقد به انشاء العقد دلالة ليست محلا لاحتمال الشك في عرف المتعاقدين وطرق مخاطبتهم(٢).

والتعبير عن الارادة إيجابا كان أو قبولا، قد تسبقه مفاوضات بين المتعاقدين يمر فيها التعاقد بمراحل؛ كمرحلة الوعد بالتعاقد والعقد الابتدائي والتعاقد بالعربون، وأخيراً قد لا يجمع المتعاقدين مجلس واحد، فتثار مسألة زمان ومكان انعقاد العقد، وسنبحث فيما يلي في كل من هذه الموضوعات.

---

١. أخذ المشرع الاردني هنا برأي الحنفية مخالفا رأي المالكية والحنابلة من أن الايجاب ما صدر من المالك وإن تأخر والقبول ما صدر من المتملك وإن تقدم (المذكرات الايضاحية جـ١ ص٩٨).

٢. المرجع السابق.

اولا ـ الايجاب

٥٩ ـ **الدعوة الى التعاقد والمفاوضة :** ينعقد العقد في كثير من الحالات بناء على دعوة موجهة من أحد الطرفين. وقد تكون هذه الدعوة غير موجهة إلى شخص معين بالذات بل إلى الناس كافة، كالاعلان عن البضائع عن طريق الصحف أو العرض في واجهات المحلات التجارية، ما دام هذا الاعلان لا يتضمن بياناً بالثمن. وكاعلان في الصحف عن بيع عقارات أو تأجيرها.. الخ؛ والى هذا أشارت المادة ٢/١٩٤ مدني «أما النشر والاعلان و بيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعرض أو بطلبات موجهة للجمهور أو للأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجاباً وإنما يكون دعوة إلى التفاوض».

هذا وقد تؤدي الدعوة إلى الدخول في مفاوضات لمعرفة مدى استعداد كل طرف لقبول شروط الطرف الآخر فيما يتعلق بقيمة المبيع مثلا ومشتملاته وكيفية دفع الثمن... الخ. وقد تنتهي المفاوضات إلى مجرد مشروع، و يعتبر مشروعا ما تم الاتفاق عليه شفو يا قبل تحرير سند كتابي بالعقد، أو ما تم الاتفاق عليه في محرر عرفي قبل تحرير سند رسمي بالعقد، اذا تبين أن نية الطرفين قد اتجهت إلى تعليق انعقاد العقد على وجود المحرر الكتابي في الفرض الاول أو على وجود المحرر الرسمي في الفرض الثاني.

والمشروع يجوز لأي طرف العدول عنه، والعدول وحده لا يؤدي إلى مسؤولية من عدل إلا إذا اقترن بخطأ فيسأل صاحبه على أساس المسؤولية التقصيرية. والخطأ قد يتمثل في عدم توافر النية الجدية للتعاقد من بادىء الامر لدى من عدل، أو عدم اخطار الطرف الآخر بالعدول في وقت ملائم حتى يوفر على نفسه ما بذل في سبيل إعداد مشروع العقد من جهد ومال؛ كذلك قد تنتهي المفاوضات إلى ايجاب يطابقه قبول فينعقد العقد.

٦٠ ـ **الايجاب المعلق والايجاب البات :** والايجاب. قد يكون معلقاً (offre sans engagement) وقد يكون باتاً، والايجاب يكون معلقاً إذا احتفظ البائع في عقد بيع مثلا بحقه في تعديل الثمن طبقاً لتغير الأسعار، فيكون إيجابه معلقاً على شرط ثبوت الأسعار، ولكن لا يجوز له إدعاء تغير الأسعار إدعاء يخالف الواقع والا اعتبر هذا رجوعاً في الايجاب.

٦١ ـ **القوة الملزمة للايجاب :** لم يكن للايجاب في فقه النظرية التقليدية التي ترجع الى عهد «بوتييه» أية قوة ملزمة، ولذا كان للموجب الرجوع في إيجابه طالما لم يقترن به القبول؛ غير أن النتائج العملية التي ترتبت على الأخذ بهذا المبدأ ما لبثت

أن حملت الشراح على مهاجمته(1)، إذ تبين أن في إطلاق هذا المبدأ ما يؤدي الى حرمان المعاملات وعلى الأخص التجارية منها من عامل الاستقرار التي لا غنى لها عنه، لأن التاجر الذي يوجه إليه إيجاب يوازن عادة بينه و بين إيجاب مماثل يوجه إليه من الغير، وقد يهمل الايجاب الأخير، و يعتمد على الايجاب الاول في عقد الصفقة، فاذا لم نلزم الموجب بالبقاء على ايجابه مدة ما، أصبنا الموجب له بضرر فادح وأشعنا الفوضى في المعاملات، ولذا اتجه الفقه الحديث إلى أنه اذا اقترن الايجاب بمدة امتنع على الموجب الرجوع فيه قبل إنقضائها.

وقد أخذ المشرع الأردني في القانون المدني بنظرية الارادة المنفردة كأساس لالتزام الموجب بايجابه إذا عين ميعاداً للقبول ونص على ذلك في المادة ٩٨ التي تقرر أنه «إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد» (2). و يخلص من هذا النص أن الايجاب يكون ملزماً إذا عين ميعاد للقبول، أما اذا لم يعين ميعاد للقبول فان الايجاب يكون قائما ولكن غير ملزم، بمعنى أن للموجب أن يرجع فيه طالما لم يقترن به القبول.

وتحديد ميعاد القبول قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً مستفاداً من ظروف التعامل أو طبيعته، وعند النزاع في تحديد الميعاد يترك التقدير للقاضي، ومن الأمثلة على تحديد ميعاد للقبول تحديداً ضمنياً شرط التجربة في البيع، سواء نص على هذا الشرط صراحة أو قضت به طبيعة المعاملة، لأن البيع بشرط التجربة يفترض فيه ارتباط البائع بايجابه طوال المدة اللازمة لتجربة المبيع.

والرأي الذي أخذ به المشرع الاردني في المادة ٩٨ مدني يتفق وفقه المالكية الذي يذهب إلى أن الموجب اذا قيد نفسه بمدة تقيد بها ولم ينته إيجابه بانتهاء المجلس، كما يتقيد كذلك بما يجرى به العرف إذا جرى على تقييد الموجب بمدة معينة (3)

٦٢ ــ **سقوط الايجاب** : الايجاب سواء أكان ملزما، بأن اقترن بأجل صريح أو ضمني للقبول، أم كان غير ملزم، يسقط في حالات معينة، وهذه الحالات هي بالنسبة للايجاب الملزم مايلي:

أولا : إذا رفض الموجب له الايجاب، حتى ولو كانت المدة المحددة للقبول لم تنته بعد و يعتبر رفضاً للايجاب قبول الايجاب مع التعديل فيه (م ٩٩/٢ مدني)، أو إصدار

---

١. بلانيول وريبير واسمان جـ٦ ــ بند ١٣٢؛ مازو جـ١ بند ١١٩.

٢. تطابق المادة ١/٩٣ من التقنين المدني المصري.

٣. الظاهر من المذهب الحنفي أن الموجب إذا قيد نفسه بوقت محدد لا يلزمه هذا التوقيت لأنه متبرع به. (راجع المذكرات الايضاحية جـ١ ص ١٠٥ و١٠٦).

ايجاب جديد يعارض الايجاب الاول، وفي هذا تقول المادة ٩٧ مدني «تكرار الايجاب قبل القبول يبطل الأول و يعتبر فيه الايجاب الثاني».

ثانيا : انقضاء المدة المحددة للقبول، إذ بانقضاء هذه المدة يسقط الايجاب ما دام لم يقترن به القبول قبل انتهائها؛ ولا يجوز القول أنه بانتهاء المدة يظل الايجاب قائما ولكن غير لازم، لأن مثل هذا القول لا يتفق ونية الموجب التي اتجهت إلى ألا يبقى الايجاب قائما بعد انقضاء الميعاد.

كذلك يسقط الايجاب غير الملزم في حالتين : إذا عدل عنه الموجب قبل انفضاض مجلس العقد؛ وإذا انفض مجلس العقد ولو لم يعدل عنه الموجب.

ثانيا ـ القبول

٦٣ ـ **متى يعتبر تعبير الموجب له عن إرادته قبولا :** ذكرنا فيما سبق أن التعبير عن القبول كالتعبير عن الايجاب قد يكون صريحا أو ضمنياً. بل انه في بعض الحالات قد يكون السكوت قبولا.

غير أن تعبير الموجب له عن إرادته لا يعتبر قبولا للايجاب الموجه له الا بشرطين :

الاول ـ أن يكون مطابقاً للايجاب، وفي هذا تقول المادة ٢/٩٩ مدني اردني «وإذا اقترن القبول بما يزيد في الايجاب أو يقيده أو يعدل فيه اعتبر رفضا يتضمن ايجابا جديداً».

الثاني ـ أن يصدر القبول قبل سقوط الايجاب، والا اعتبر إيجاباً جديداً كذلك.

٦٤ ـ **المقصود بمجلس العقد :** يقصد بمجلس العقد الاجتماع الواقع فيه العقد، سواء طال أم قصر. ومجلس العقد قد يكون حقيقياً أو حكميا كما في التعاقد بالتليفون أو بأي طريق مشابه، و يعتبر مجلس العقد قائماً طالما لم يصدر من أحد الطرفين ما يدل على إعراضه عن العقد وانشغاله بغيره، فاذا صدر من أيهما ما يدل على ذلك اعتبر مجلس العقد قد انفض وسقط الايجاب، وعلى هذا يجب لانعقاد العقد إذا اتحد مجلسه أن يصدر القبول قبل انفضاض مجلس العقد وقبل أن يعدل الموجب عن ايجابه، وعلى هذا نصت المادة ٩٦ مدني بقولها «المتعاقدان بالخيار بعد الايجاب إلى آخر المجلس فلو رجع الموجب بعد الايجاب وقبل القبول أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الاعراض يبطل الايجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك».

والتعاقد بالتليفون أو بأية وسيلة مماثلة لا يثير صعو بة الا فيما يتعلق بتعيين مكان انعقاد العقد، وهو يأخذ من هذه الناحية حكم التعاقد بين الغائبين الذين تفرقهم شقة المكان، ولذلك تسرى عليه أحكام المادة ١٠١ مدني الخاصة بتعيين مكان انعقاد العقد بين غائبين، والتي سيأتي بيانها فيما بعد.

أما فيما يتعلق بزمان انعقاد العقد فالتعاقد بالتليفون لا يفترق عن التعاقد بين الحاضرين، فيعتبر التعاقد بالتليفون تاماً، في الوقت الذي يعلن فيه من وجه اليه الايجاب قبوله.

و يترتب على إعطاء التعاقد بالتليفون حكم التعاقد ما بين الحاضرين فيما يتعلق بزمان انعقاد العقد أن الايجاب إذا وجه دون تحديد ميعاد لقبوله ولم يصدر القبول في المجلس سقط الايجاب، والى هذه الأحكام أشارت المادة ١٠٢ مدني بقولها «يعتبر التعاقد بالهاتف أو بأية طريقة مماثلة بالنسبة للمكان كأنه تم بين متعاقدين لا يضمهما مجلس واحد حين العقد وأما فيما يتعلق بالزمان فيعتبر كأنه تم بين حاضرين في المجلس».

٦٥ ـ **عدم التزام الموجب له بالقبول:** الأصل أن الموجب له غير ملزم بقبول الايجاب الموجه له، فله أن يقبله أو أن يرفضه، غير أنه في بعض الحالات قد يتم الايجاب بناء على دعوة بالتعاقد موجهة من الموجب له نفسه وقد أشرنا الى بعض هذه الحالات عند الكلام في الدعوة الى التعاقد، ومن أمثلتها الدعوة الموجهة من التجار إلى الجمهور عن طريق الاعلانات أو النشرات أو عن طريق عرض البضائع في وجهات المحلات التجارية، والاستجابة إلى هذه الدعوة هي التي تعتبر إيجابا نهائيا، يمتاز عما عداه من ضروب الايجاب بأن من وجه إليه لا يجوز أن يرفضه لغير سبب مشروع (١).

٦٦ ـ **تطابق الايجاب والقبول :** لا ينعقد العقد إلا إذا أتى القبول مطابقا للايجاب تمام المطابقة وقد رأينا أنه إذا ورد في القبول ما يزيد أو ينقص في الايجاب، فان هذا يعتبر رفضا للايجاب متضمنا إيجابا جديداً (م ٩٩ مدني). غير أنه في بعض الأحيان قد يتفق المتعاقدان على المسائل الجوهرية في العقد، كالاتفاق على المبيع والثمن في عقد البيع، وعلى العين المؤجرة والأجرة ومدة الايجار في عقد الايجار، ولا

---

١. نصت على هذا الحكم المادة ١٨١ من قانون الموجبات والعقود اللبناني بقولها «من يوجه اليه العرض يكون في الأساس حراً في الرفض ولا يتحمل تبعة ما بامتناعه عن التعاقد. بيد أن الأمر يكون على خلاف ذلك اذا أوجد هو نفسه حالة من شأنها أن تستدرج العرض (كالتاجر تجاه الجمهور أو صاحب الفندق وصاحب المطعم، أو رب العمل تجاه العمال) ففي هذه الحالة يجب أن يستند امتناعه عن التعاقد إلى أسباب حرية بالقبول، والا كان امتناعه استبداديا وجاز أن تلزمه التبعة من هذا الوجه».

تتبقى الا المسائل التفصيلية ، فهـــل يعتبر العقد منعقداً قبل الاتفاق على هـــذه المسائل أم لا ؟

لتوضيح الاجابة على هذا السؤال يجب أن نفرق بين حالات ثلاث :

الأولى أن يكتفي الطرفان بالاتفاق على المسائل الجوهرية وألا يتعرضا للمسائل التفصيلية، وفي هذه الحالة يعتبر العقد قد انعقد على اعتبار أن نية الطرفين قد اتجهت إلى الأخذ بالعرف أو بالقواعد المكملة أو المفسرة التي أوردها المشرع في شأن هذا العقد، كالقواعد الخاصة بزمان ومكان تسليم المبيع، وميعاد دفع الثمن وكيفيته.

الثانية أن يتم الاتفاق على بعض المسائل الجوهرية دون البعض الآخر من هذه المسائل، وفي هذه الحالة لا ينعقد العقد؛ كذلك لا ينعقد العقد إذا تم الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية وتناقش الطرفان في المسائل التفصيلية دون أن يصلا إلى اتفاق في شأنها، وتبين أن نيه الطرفين قد اتجهت إلى تعليق انعقاد العقد على الوصول الى اتفاق في شأن هذه المسائل.

الثالثة أن يرجىء الطرفان مناقشة المسائل التفصيلية إلى حين تنفيذ العقد، وفي هذه الحالة يعتبر العقد قد انعقد بمجرد الاتفاق على المسائل الجوهرية، وقد تعرض المشرع الأردني لهذه الأحكام في المادة ١٠٠ مدني التي تنص على أنه « ١ ــ يطابق القبول الايجاب اذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها أما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو اثبت هذا الاتفاق بالكتابة. ٢ ــ وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد انعقد، واذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة» والذي يخلص من هذا النص أنه ما دام الطرفان قد قبلا انعقاد العقد بالرغم من عدم الاتفاق بعد على المسائل التفصيلية، فان العقد يقوم، واذا اتفق الطرفان بعد ذلك على هذه المسائل كان بها، والا فيفترض أنهما قد قبلا أن تحل إرادة القاضي محل إرادتهما في معالجة هذه المسائل. والقاضي يبت في هذه المسائل وفقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة. والجديد في نص المادة ٢/١٠٠ مدني أنه يخرج القاضي من مهمته الأصلية وهي تفسير العقد إلى التدخل في تكوينة.(١).

---

١. تقابل المادة ٢/١٠٠ مدني أردني المادة ٩٥ من التقنين المدني المصري.

٦٧ ـ **أثر الموت أو فقد الأهلية على الايجاب والقبول:** القاعدة في القانون المصري، أن موت أو فقد أهلية من صدر منه التعبير عن الارادة قبل أن ينتج التعبير أثره، لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه اليه، ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل (م ٩٢ مدني مصري)، و يمكن تعليل هذا الحكم على أساس أن المشرع المصري رأى الأخذ هنا بالارادة الظاهرة بغية حماية مصالح الأفراد وضمان استقرار المعاملات.

أما في الشريعة الاسلامية فان مبطلات الايجاب خروج الموجب عن أهليته بالموت أو بالجنون قبل قبول الطرف الآخر، فاذا جاء قبول بعد ذلك لم يجد إيجابا يرتبط به، لأن بقاء الايجاب مدة المجلس أمر اعتباري، فاذا زالت أهلية الموجب زال معها هذا الاعتبار لاحتمال رجوعه لو بقى على أهليته، ولعدم فهمه للقبول وهو شرط للانعقاد، ونفس الحكم في حالة زوال أهلية الموجب له، لأن الايجاب يستلزم القبول، و بزوال الأهلية لا يوجد قبول فيلغو الايجاب[1].

والحكم السابق يتفق مع ما أخذ به المشرع اللبناني في المادة ١٧٩ من قانون الموجبات والعقود التي تنص على «أن الايجاب الصريح أو الضمني لا يلزم في الأساس صاحبه، بمعنى أنه يستطيع اذا شاء الرجوع عنه، ووفاته أو فقدانه الاهلية الشرعية يجعلان الايجاب لغوا.... الخ».

ولم يتعرض القانون المدني الاردني لهذا الموضوع، ولذا فان الحكم في شأنه هو الأخذ بما استقر عليه الفقه الاسلامي من أن موت الموجب أو فقد أهليته يؤدي إلى سقوط الايجاب عملا بحكم المادة ٢/٢ من هذا القانون.

١ـ فضيلة الاستاذ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق ص ٣٨٤.

ثالثا ـ الوعد بالتعاقد والعقد الابتدائي

٦٨ ـ **الاتفاقات السابقة على العقد النهائي:** قد تنتهي المفاوضات التي يدخل فيها الطرفان إلى الوصول إلى عقد نهائي، كما قد تنتهي إلى مرحلة سابقة على العقد النهائي وهي مرحلة الوعد بالتعاقد والعقد الابتدائي. وسنبحث فيما يلي في كل منهما.

٦٩ ـ **الوعد بالتعاقد:** الوعد بالتعاقد، كالوعد بالبيع مثلا، عقد يلتزم بمقتضاه الواعد ببيع شيء اذا أظهر الموعود له رغبته في الشراء في مدة معينة. وكثيراً ما يلجأ إلى هذا العقد في الحياة العملية، خصوصاً بعد أن تعقدت المعاملات وتشعبت، فقد يرغب المستأجر مثلا في شراء المنزل الذي يسكنه دون أن يكون لديه المبلغ الكافي لدفع الثمن، فيحصل من المالك على وعد ببيع العين له في مدة معينة، غالبا هي مدة الايجار نفسه، على أن يدفع الثمن المتفق عليه وقت إبداء رغبته في الشراء؛ وكثيراً ما تلجأ شركات البناء العقارية إلى مثل هذه العملية لتيسير تأجير مبانيها، فتضمن عقود الايجار الصادرة منها وعداً ببيع العين إلى المستأجر، وكذلك تلجأ الشركات الصناعية لضمان التوسع في أعمالها في المستقبل إلى الحصول من ملاك الأراضي المجاورة لمصانعها على وعد ببيعها لها اذا أبدت رغبتها في الشراء في مدة معينة.

وكما قد يصدر الوعد من البائع قد يصدر من المشتري و يسمى الوعد بالشراء، وفيه يلتزم الواعد بشراء عين معينة إذا أبدى الموعود له رغبته في بيعها في مدة معينة.

وقد تعرض المشرع الأردني للوعد بالتعاقد في المواد ٩٢ و١٠٥ و١٠٦ من القانون المدني[١].

٧٠ ـ **انعقاد الوعد بالتعاقد**[٢]**:** تنص المادة ٩٢ مدني على أن «صيغة الاستقبال التي تكون بمعنى الوعد المجرد ينعقد بها العقد وعداً ملزما إذا انصرف إليه قصد العاقدين.

وتقضي المادة ١/١٠٥ مدني بأن «الاتفاق الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين

---

١. تطابق المادتان ١٠٥ و١٠٦ من القانون المدني الاردني المادتين ١٠١ و١٠٢ من التقنين المدني المصري.

٢. راجع في هذا الموضوع: «ديشان» رسالة من «مونبليه» سنة ١٩٣٦ «كوهربيه» رسالة من «بواتييه» سنة ١٩٣٩.

أو أحدهما بابرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها» وظاهر من هذا النص أنه يجب أن تتوافر في عقد الوعد جميع أركان العقد المراد إبرامه كالبيع مثلا، عدا قبول الموعود له الشراء.

فالموعود له يقتصر في عقد الوعد على قبول الوعد، أما قبول العقد موضوع الوعد فمرحلة تالية للوعد، اذا تحققت وجد العقد النهائي. وأركان عقد الوعد هي :

أولا : الرضا الصادر عن ذي الأهلية، وتقدر الأهلية وعيوب الارادة بالنسبة للواعد وقت صدور الوعد. فاذا كان العقد المراد إبرامه بيعاً، فيجب أن يكون الواعد أهلا للتصرف وقت الوعد لأنه يلتزم فيه نهائياً، ولا يصدر منه تعبير آخر عن الارادة لانعقاد البيع، الذي يتم بمجرد ظهور رغبة الموعود له.

أما الموعود له فتقدر أهليته للشراء وقت التعاقد لا وقت الوعد لأنه لا يلتزم بشيء في عقد الوعد، على أنه يجب أن تتوافر فيه أهلية التعاقد وقت الوعد، لأن الوعد عقد كامل.

أما بالنسبة لعيوب الارادة فيرجع في تقديرها بالنسبة للموعود له الى وقت الوعد ووقت التعاقد النهائي معا، لأنه يصدر منه رضاء في كل من هذين الوقتين، فلزم أن تكون إرادته في كل منهما صحيحة.

ثانيا ـ المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، فاذا كان بيعا، فيجب الاتفاق في عقد الوعد على المبيع والثمن، فان لم يتفق في عقد الوعد على هذه المسائل فانه لا ينعقد. هذا مع ملاحظة أنه بالنسبة لتقدير مشروعية المحل والسبب يرجع إلى وقت التعاقد النهائي لا إلى وقت الوعد، وعلى ذلك إذا كان المحل أو السبب مشروعا وقت الوعد ولم يعد كذلك وقت العقد النهائي فان العقد يكون باطلا.

ثالثا ـ المدة، إذ يجب أن يحدد في عقد الوعد مدة يظهر الموعود له رغبته فيها والا امتنع انعقاد الوعد. وهذه المدة قد يتفق عليها صراحة أو ضمناً، و يلتزم الواعد بالبقاء على وعده طوال هذه المدة فاذا انقضت دون أن يعلن الموعود له الواعد برغبته في استيفاء الوعد انقضى التزام الواعد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار.

وإذا اتفق في عقد الوعد على أن تكون المدة هي المدة المعقولة، وتضمنت الدعوى ما يلزم لتحديد هذه المدة صح الوعد، وإذا اختلف الطرفان على تحديدها تولى القاضي عنهما هذا الأمر.

هذا و يلاحظ أن الوعد بالتعاقد اذا كان جائزاً أصلا بالنسبة لسائر التصرفات، الا أن المشرع قد يخرج بعضها من دائرة الوعد، وهذا ما فعله المشرع الاردني بالنسبة للهبة بما نص عليه في المادة ٥٦٣ مدني من أنه «على الرغم مما ورد في المادتين ٩٢ و٢٥٤ من هذا القانون لا تنعقد الهبة بالوعد ولا تنعقد على مال مستقبل». والعلة في ذلك أن الهبة لا تتم إلا بالقبض (م ٥٥٨/١ مدني) ووفاة أحد طرفي العقد قبل القبض يمنع من التمام و يجعل العقد باطلا، كما أن إفلاس الواهب قبل القبض يجعل للدائنين حقا في أموال المدين (م ٥٦٤ مدني).

٧١ ــ **شكل عقد الوعد:** تنص المادة ١٠٥ مدني في فقرتها الثانية على أنه «وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بابرام هذا العقد». ومعنى هذا أن الأصل في عقد الوعد أن يكون رضائيا إلا إذا كان العقد المراد إبرامه من العقود الشكلية كالرهن التأميني أو الرسمي فهو لا ينعقد إلا بتسجيله (م ١٣٢٣ مدني)، فيتعين في هذه الحالة أن يتوافر في عقد الوعد الشكل اللازم توافره في العقد موضوع الوعد، وإلا بطل الوعد وامتنع مطالبة الواعد بتنفيذه عينا أو الالتجاء إلى القضاء للحصول على حكم بالتنفيذ يقوم مقام العقد الشكلي.

على أن الوعد بابرام عقد شكلي لا يكون خلوا من أي أثر قانوني إذا لم يستوف الشكل، لأنه إذا صح أن مثل هذا الوعد لا يمكن أن ينتهي الى اتمام العقد المقصود فعلا، إلا أنه بذاته تعاقد كامل يرتب التزاماتاً شخصية، طبقاً لمبدأ سلطان الارادة، وعلى ذلك يجوز المطالبة على أساسه بالتعو يض. واذا كان العقد المراد إبرامه، والذي امتنع اتمامه لفقدان الشكل في الوعد، هو عقد رهن تأميني، فيجوز الحكم بسقوط أجل القرض الذي كان يراد ترتيب الرهن لضمان الوفاء به.

كل هذا مع ملاحظة أنه إذا كان العقد موضوع الوعد من العقود الرضائية ولكن اشترط المتعاقدان في الوعد أن التعاقد النهائي لا يتم إلا إذا افرغ في شكل رسمي، فان الوعد يصح ولو لم تتوافر فيه هذه الرسمية، لأن العقد بحسب الأصل وفقا للقانون من العقود الرضائية لا من العقود الشكلية.

٧٢ ــ **الآثار التي تترتب على عقد الوعد:** يترتب على تمام عقد الوعد أن يصبح الموعود له دائناً للواعد، وهو دائن بحق شخصي لأن حقه العيني ــ إذا كان العقد المراد إبرامه عقد بيع مثلا ــ لا يوجد الا من وقت التعاقد النهائي، و ينبنى على ذلك النتائج الآتية:

١ ــ يبقى الواعد مالكا للشيء الموعود ببيعه ولثماره وحاصلاته.

٢ ـ إذا هلك الشيء الموعود ببيعه هلاكا كليا بفعل القوة القاهرة فانه يهلك على الواعد لأنه المالك، ولا ينعقد البيع لتخلف المحل، ولا يلزم الواعد بأي تعويض. و يلحق بالهلاك الكلي في الحكم، حالة نزع ملكية العقار للمنفعة العامة، لأن فعل الحاكم يعتبر من قبيل القوة القاهرة.

٧٣ ـ **حكم العقد النهائي**: يتم العقد النهائي بظهور رغبة الموعود له في استيفاء الوعد قبل انقضاء المدة المتفق عليها، و يعتبر تمامه هذا من وقت إبداء الرغبة لا من وقت قيام الوعد.

وقبول الموعود له للعقد النهائي قد يكون صريحا وقت يكون ضمنيا مستفاداً من بعض الأعمال، كما لو دفع الموعود له بالبيع جزء من الثمن أو تصرف في الشيء الموعود ببيعه باعتباره مملوكاً له.

وإذا كان قبول الموعود له يستلزم إقرار شخص آخر حتى يترتب عليه أثره القانوني، كمدير شركة يحتاج في تعاقده إلى إقرار من مجلس الادارة، فان العقد لا يتم إلا من وقت صدور الاقرار.

واذا امتنع الواعد بعد قبول الموعود له العقد النهائي عن الوفاء بالتزاماته من تحرير العقد موضوع الوعد أو إمضائه، جاز للموعود له الالتجاء الى القضاء الذي يحكم بثبوت العقد الذي توافرت أركانه، وعلى هذا نصت المادة ١٠٦ مدني بقولها «إذا وعد شخص بابرام عقد ثم نكل وقاضاه الآخر طالباً تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة للعقد بخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم متى حاز قوة القضية المقضية مقام العقد»(١). غير أن هذا الحكم يقيد منه فيما يتعلق بالعقار ما جاء في المادة ١١٤٩ مدني من أن «التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالضمان إذا أخل أحد الطرفين بتعهده سواء كان التعويض قد اشترط في التعهد أم لم يشترط».

٧٤ ـ **حكم التصرفات الصادرة من الواعد في فترة الوعد**: ذكرنا فيما تقدم أن الموعود له لا يكتسب بموجب عقد الوعد الا حقا شخصيا قبل الواعد ولو كان موضوع الوعد عقداً من العقود الناقلة للملكية كالبيع، لأن حقه العيني لا يوجد إلا من وقت التعاقد النهائي مع مراعاة قواعد الشهر العقاري. وعلى ذلك إذا تصرف الواعد في الشيء الموعود ببيعه فانه يتصرف فيما يملك، وتنفذ هذه التصرفات في مواجهة

---

١. تقابل المادة ١٠٢ من التقنين المدني المصري.

الموعود له فاذا كان الواعد قد تصرف في العين بالرهن نفذ هذا الرهن في حق الموعود له اذا كان مسجلا قبل استيفاء الوعد، ودخلت العين في ذمة هذا الآخير مثقلة بالرهن، واقتصر حقه على مطالبة الواعد بالتعويض؛ وإذا تصرف الواعد في الشيء بالبيع، وكان منقولا، وتسلمه المشتري، فان هذا التصرف يسري كذلك على الموعود له. كذلك إذا كان المبيع عقاراً وتملكه المشتري بعد اتمام كافة الاجراءات القانونية وقبل استيفاء الموعود له للوعد وإتمام التعاقد النهائي، فانه لا يكون للموعود له إلا مطالبة الواعد بالتعويض لاستحالة تنفيذ التزامه عينا.

٧٥ ـ **العقد الابتدائي :** قد يكون الوعد بالتعاقد ملزما للجانبين، ومثل هذا الوعد يسمى في العمل بالعقد الابتدائي، وفيه يتفق الطرفان على جميع شروط العقد المراد إبرامه، مع تحديد أجل للعقد النهائي. والغرض من هذا الأجل هو إعطاء مهلة للمشتري للحصول على الثمن المتفق عليه والتأكد من أن المبيع غير مثقل بحقوق عينية لم يعلن عنها البائع؛ وكذلك إعطاء البائع فسحة من الوقت لتحضير مستندات الملكية التي التزم في العقد الابتدائي بتقديمها، أو لاتمام إجراء سابق على العقد النهائي ولازم لانعقاده...! واذا حل الأجل المحدد لتحرير العقد النهائي وامتنع أحد الطرفين دون سبب مقبول عن تحريره أو عن امضائه جاز للطرف الآخر الالتجاء إلى القضاء للحصول على حكم بثبوت البيع.

وإذا تم تحرير العقد النهائي اختياراً وظهر أن هناك اختلاف بين الشروط التي تضمنها والشروط الواردة في العقد الابتدائي، وجب لتحديد التزامات كل من الطرفين الرجوع إلى العقد النهائي الذي به تحددت العلاقة بينهما.

هذا و يسري على العقد النهائي القواعد القانونية المفسرة أو المكملة التي كان معمولا بها وقت تمام العقد الابتدائي، لأن الى هذه القواعد اتجهت نية الطرفين، أما القواعد القانونية الآمرة فيسرى منها على العقد النهائي ما يكون معمولا بها وقت تمامه.

رابعاً ـ التعاقد بالعربون

٧٦ ـ **تعريف العربون ودلالته: العربون** (les arrhes) مبلغ من النقود (او منقول من نوع آخر) يدفعه أحد المتعاقدين للآخر وقت التعاقد؛ والغرض من العربون إما الدلالة على أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عن الصفقة ونقض العقد، وإما الدلالة على أن العقد قد تم نهائيا وأن القصد من دفع العربون هو ضمان تنفيذه. و يرجع الى نية المتعاقدين الصريحة أو الضمنية لتحديد الغرض من دفع العربون، ولمحكمة الموضوع أن تستظهر نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها ومن نصوص العقد، فاذا كانت هذه النية غير واضحة اعتبر دفع العربون دليلا على ثبوت خيار العدول وعلى هذا نصت المادة ١٠٧ في فقرتها الأولى بقولها «دفع العربون وقت ابرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك»(١).

و يرى الشراح في فرنسا أن العربون يقصد به ثبوت خيار العدول إذا دفعه البائع لأنه يستحيل في هذه الحالة افتراض أنه دفعه ليخصم من الثمن، وكذلك إذا دفعه المشتري في بيع معلق على شرط واقف أو في بيع منقول لم يتم تسليمه بعد، خصوصا إذا كان مشترطا في العقد تأجيل دفع الثمن.

وأنه يقصد بدفع العربون الدلالة على أن العقد باتا إذا كانت قيمته ضئيلة لا تتناسب والضرر الذي يصيب أحد العاقدين من نقض العقد. وأنه يعتبر دفعه على الحساب تخصم فيما بعد من أصل الثمن اذا أداه المشتري في عقد بيع عقار، إلا اذا اشترط في العقد تأجيل دفع الثمن أو تحرير سند كتابي بالبيع فيما بعد، فيجوز عندئذ افتراض عكس هذه الدلالة.

والظاهر من استقراء أحكام المحاكم المصرية أن العربون إذا دفع في عقد بيع ابتدائي كان دليلا على جواز العدول، وإذا دفع في عقد بيع نهائي كان دليلا على أن العقد أصبح باتا.

٧٧ ـ **العقود التي يحصل فيها دفع العربون:** يحصل دفع العربون عادة عند البيع أو الوعد بالبيع، كما يحصل في أي عقد آخر كالمقايضة أو الايجار، إلا أن العربون باعتباره وسيلة لنقض العقد لا يكون الا في العقود الملزمة للجانبين، فاذا كان في عقد ملزم لجانب واحد كالوعد بالبيع، فلا يفيد خيار العدول لأن أحد المتعاقدين وهو الموعود له، ليس ملزماً ابتداء بتنفيذ الوعد؛ ومع ذلك يجوز للواعد

---

١. تطابق الفقرة الأولى من المادة ١٠٣ من التقنين المدني المصري.

دفـع العربون واشـتراط خيار العدول لنفسه، إلا أن الموعود له لا يلزم في حالة عدم استيفاء الوعد برد ضعفيه.

٧٨ ـ **حكم العربون** : رأينا أن الغرض من دفع العربون إما الدلالة على أن العقد أصبح باتا، وإما الدلالة على ثبوت خيار العدول لكل من المتعاقدين، وأنه عند الشك يجب تفسير دفع العربون بأن لكل من المتعاقدين الحق في نقض العقد.

وعـادة يحدد المتعـاقدان أجلا لخيار العدول، وفي هذه الحالة لا يجوز لهما استـعمـال خـيار العـدول إلا في فترة الأجل المعين، أما إذا لم يحدد أجلا فان خيار العـدول يبقى إلى حين تنفيذ العقد. فاذا تم تنفيذ العقد من طرف واحد، سقط خيار هـذا الطرف، وتعين على الطرف الآخر إما تنفيذ العقد أو العدول عنه وفقد العربون اذا كان قد دفعه أو رد ضعفيه إذا كان قد قبضه.

وفي حـالة تنفيذ العقد يؤخذ باتفاق الطرفين فيما يتعلق بمصير العربون، فاذا لـم يـوجد اتفاق، فيخصم إذا كان مبلغا من النقود من ثمن المبيع؛ وإذا كان منقولا من نوع آخر فيجب رده إلى الطرف الذي قدمه، و يتعين الوفاء بكل الثمن.

وفي حـالـة نقـض الـعـقـد مـن أحد الـطرفـين، يكون للطرف الآخر الاحتفاظ بالعربون الذي قبضه، أو المطالبة بضعفي العربون الذي أداه، ولو لم يصبه ضرر من جراء ذلـك، و يكـون لاشـتراط الـعربـون في هذه الحالة شأن الشرط الجزائي، ولكن يخـتلف عنه من حيث عدم جواز التخفيض أو الالغاء، فهو يستحق ولو انتفى الضرر على وجـه الاطـلاق. أمـا إذا كـان الـضرر الواقع يجاوز مقدار العربون فيجوز المطالبة بـتعـو يض أكـبر وفقا للقواعد العامة، وعلى هذا نصت المادة ١٠٧ في فقرتها الثانية «فـاذا عـدل مـن دفـع الـعربون فقده وإذا عدل من قبضه رده ومثله»(١). هذا و يتعين مراعاة ما قد يرد في القوانين الخاصة من أحكام في هذا الشأن(٢).

٧٩ ـ **طـبـيـعـة الـتـعـاقـد بالعربون**: يذهب شراح القانون المدني إلى أن التعاقد بالعربون، كالبيع بالعربون مثلا، يعتبر بيعاً معلقاً على شرط. غير أنهم اختلفوا فيما بـيـنـهـم في طبيعة هذا الشرط. فاعتبره البعض شرطاً فاسخاً، بمعنى أن العقد ينعقد

---

١. تقابل المادة ٢/١٠٣ من التقنين المدني المصري.

٢. أنظر تمييز حقوق في ١٩٨٢/٦/١٤ وقد جاء في القرار أنه «لا يرد القول بأن المادة (١٠٧) من القانون المدني لا تجيز رد العربون المدفوع مقابل بيع شقة في حالة نكول الطرف الآخرعن القيام بالتزامه، لأن حكم هذه المادة يـتعـارض مـع قـانـون تسو ية الأراضي والمياه رقم (٤٠) لسنة ١٩٥٢ الذي هو قانون خاص أوجبت المادة (١٤٤٨) مـن الـقـانون المدني وجوب مراعاة أحكامه الخاصة». (تمييز حقوق، مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٨٢ س ٣٠ عـ٨ ـ ١٢ رقم ٨٢/٣٩٣ ص ١٢٧٦).

وتترتب جميع آثاره، ولكنه ينفسخ إذا استعمل أحد الطرفين حقه في العدول.

واعتبره البعض الآخر، ورأيهم الراجح، شرطاً موقفا، لأن خيار العدول يدل على أن رضاء المتعاقدين بالعقد ليس نهائيا، وعلى هذا يجب أن توقف جميع آثار العقد حتى يسقط خيار العدول بعدم استعماله في الأجل المحدد له، وعندئذ تتحقق آثار العقد بأثر رجعي.

خامساً ـ التعاقد فيما بين الغائبين

٨٠ ـ أهمية تحديد وقت ومكان انعقاد العقد بين الغائبين[١]: قد لا يضم المتعاقدين مجلس واحد فتمضي فترة من الوقت بين صدور القبول وعلم الموجب به، كما في العقود التي تتم بالمراسلة أي بالبريد أو البرق أو بواسطة رسول. وفي هذه الحالة يشكل الأمر فيما يتعلق بتحديد زمان ومكان انعقاد العقد، هل انعقد في الوقت والمكان اللذين صدر فيهما القبول أم في الوقت والمكان اللذين علم فيهما الموجب بالقبول؟ مع ملاحظة ما يترتب على الأخذ بأحد هذين المذهبين دون الآخر من نتائج هامة نذكر منها ما يأتي:

أولا: إذا عدل الموجب عن إيجابه وعلم القابل بالعدول بعد إعلان القبول وقبل وصوله إلى علم الموجب، فان العقد ينعقد إذا أخذنا بنظرية الاعلان، ولا ينعقد إذا أخذنا بنظرية العلم؛ كذلك إذا عدل القابل عن قبوله، وعلم الموجب بالعدول قبل وصول القبول، فان العقد يتم وفقا لنظرية إعلان القبول ولا يتم وفقا لنظرية العلم بالقبول.

ثانياً: في العقود الناقلة للملكية كالبيع، إذا كان المبيع منقولا معيناً بالذات فان ملكيته وثماره تنتقل إلى المشتري من وقت تمام العقد، أي من وقت إعلان القبول إذا أخذنا بنظرية الاعلان، ومن وقت العلم بالقبول إذا أخذنا بنظرية العلم.

ثالثاً: إذا بيع المنقول المعين بالذات إلى شخصين مختلفين، ولم يسلمه البائع لأحدهما، فان ملكية المبيع تنتقل لمن تم عقده أولا، فاذا أخذنا بنظرية الاعلان انتقلت ملكية المبيع لمن سبق الآخر في إعلان قبوله، ولو علم البائع به أخيراً. وإذا اخذنا بنظرية العلم انتقلت الملكية إلى من علم البائع بقبوله أولا، ولو صدر هذا القبول أخيراً.

---

١. راجع في هذا الموضوع: «سالى» في إعلان الارادة ص ١١٨ وما بعدها ـ «ديموج» جـ٢ بند ٢٤٢ وما بعده ـ «كوهين» رسالة من باريس سنة ١٩٢١ ـ «فاليري» في التعاقد بالمراسلة سنة ١٨٩٥.

رابعا : بعض المواعيد تسري من وقت انعقاد العقد، فدفع الثمن وتسليم المبيع قد يشترط الوفاء بهما في بحر مدة معينة من تاريخ تمام العقد؛ كما أن دعوى البطلان لا تسمع بعد مضي خمس عشر سنة من وقت العقد (م ٣/١٦٨ مدني). فيهم إذن معرفة وقت تمام العقد، هل هو وقت إعلان القبول أم وقت العلم به، حتى يتيسر تحديد بدء سريان هذه المدد.

خامسا : إذا اختلف موطن المتعاقدين، فانه يسري على العقد قانون الدولة التي تم فيها (م ١/٢٠). ومكان انعقاد العقد يختلف بحسب ما إذا أخذنا بنظرية إعلان القبول أو بنظرية العلم بالقبول.

سادسا : يتوقف معرفة صحة أو بطلان العقود التي تصدر من تاجر أشهر افلاسه على معرفة وقت انعقادها، هل انعقدت قبل فترة الريبة أو في أثنائها أو بعد تمام التوقف عن الدفع أو بعد إشهار الافلاس؟ الذي يحدد ذلك هو معرفة وقت تمام العقد، ووقت تمام العقد يتوقف على الأخذ باحدى النظريتين سالفتي الذكر.

سابعا : في المسائل التجارية قد تكون المحكمة المختصة هي المحكمة التي تم في دائرتها الاتفاق (م ٢ أصول المحاكمات المدنية الاردني) ومكان الاتفاق يختلف بحسب ما إذا أخذنا بنظرية إعلان القبول أو نظرية العلم به.

٨١ ــ النظريات المختلفة في تحديد وقت ومكان انعقاد العقد بين غائبين :

اختلف الفقهاء في تحديد وقت ومكان انعقاد العقد بين غائبين، فصيغت أربع نظريات إعلان القبول (théorie de la déclaration) ونظرية تصدير القبول (théorie de l'expedition) ونظرية استلام القبول (théorie de la réception) ونظرية العلم بالقبول (théorie de l'information) و يمكن تلخيص هذه النظريات فيما يأتي:

تقوم نظرية إعلان القبول على أن العقد توافق بين ارادتين، فاذا قبل من وجه اليه الايجاب التعبير الصادر من الطرف الآخر، تم العقد دون حاجة إلى تأخير ذلك الى وقت لاحق. و يعيب هذه النظرية أن الموجب ستمضي عليه فترة عدم استقرار لا يعلم فيها إذا كان العقد قد انعقد أم لا.

أما نظرية تصدير القبول فتتفق مع النظرية الاولى في أساسها، ولكنها تختلف عنها في اشتراط أن يكون القبول نهائيا، والقبول لا يكون نهائيا في رأي أصحابها إلا إذا استحال على القابل الرجوع فيه، وهذا لا يتأتى إلا إذا صدر القبول فعلا بالبريد أو البرق، لأنه قبل تصديره يكون في استطاعة القابل الرجوع فيه باهمال تصدير الكتاب الذي يتضمنه أو باعدامه، وهو ما قد يحدث لو تغيرت الظروف وأصبحت

الصفقة غير مربحة له، و يتطرف بعض أنصار هذه النظرية و يرى أن ارسال الرد بالقبول مع رسول لا يعتبر دليلا على القبول النهائي، لأن الرسول يمكن إرجاعه أو إخطاره بعدم تسليم الكتاب المتضمن القبول و يؤخذ على هذه النظرية أنه إذا كان مجرد إعلان القبول كافياً لتمام العقد فلا معنى لاستلزام تصديره، لأن التصدير لن يزيد في قيمته القانونية، كما أنه لن يمنع من استرداد الخطاب ما دام لم يصل إلى المرسل إليه كما تقضي بذلك اللوائح في كثير من البلاد.

أما نظرية استلام القبول فلا تعتبر نظرية مستقلة، لأنها تتوسط نظريتي تصدير القبول والعلم. لأن اشتراط الاستلام إما أن يكون المقصود به عدم تمكين المرسل من استرداد الخطاب، وفي هذه الحالة تقترب من نظرية تصدير القبول و يوجه إليها نفس الانتقادات التي وجهت الى النظرية الآخيرة ،وأما أن يقصد به أن يكون قرينة على العلم ، وفي هذه الحالة تفقد ذاتيتها وتندمج في نظرية العلم بالقبول.

أما نظرية العلم بالقبول فتقوم على أن العقد إذا كان توافقا بين إرادتين، إلا أنه يجب أن يعلم كل طرف بقيام هذا التوافق، أي أن يعلم الموجب بقبول الطرف الأخر، وأصحاب هذه النظرية يتخذون من استلام القبول قرينة على علم الموجب به، إلا أنها قرينة قضائية يجوز للمحاكم ألا تأخذ بها، كما يجوز للموجب إثبات ما يخالفها، باقامة الدليل على أنه لم يعلم بالقبول بالرغم من وصوله.

٨٢ ــ **مسلك المشرعين المصري والأردني :** فصل التقنين المدني المصري في الخلاف القائم حول تحديد وقت ومكان التعاقد بين الغائبين، فقرر في المادة ٩٧ مدني أنه «١ ــ يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. ٢ ــ و يفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول». وقد أخذ المشرع المصري كما هو واضح من هذه المادة بنظرية العلم بالقبول، ولم يجعل من الرد بالقبول سوى قرينة بسيطة على حصول العلم به.

ونظرية العلم بالقبول أرفق بالموجب وأكثر رعاية لمصلحته، ذلك أن الموجب هو الذي يعرض التعاقد وهو الذي يحدد مضمونه وشروطه، ومنها وقت ومكان انعقاد العقد، فمن العدل إن لم يفعل، أن تكون الارادة المفروضة مطابقة لمصلحتة عند عدم الا تفاق على ما يخالف ذلك.

وحكم المـــادة ٩٧ مدني مصري لا يسري حيث تتجه نية المتعاقدين إلى مخالفته صراحة أو ضمناً، أو حيث يقضي القانون في حالات خاصة بالعدول عنه الى حكم آخر.

أما المشرع الأردني فقد أخذ بمذهب إعلان القبول، إذ نصت المادة ١٠١ مدني على أنه «إذا كان المتعاقدان لا يضمهما حين العقد مجلس واحد يعتبر التعاقد قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك» وقد تأثر المشرع الأردني في هذا الحكم برأي الفقه الحنفي في أن العقد يتم باعلان القبول ، بمعنى أنه اذا اعلن الموجب اليه أي المرسل إليه قبوله في مجلس وصول الكتاب، انعقد العقد في مجلس القبول و بوقت اعلانه.(١)

المبحث الثالث
عيوب الرضا

٨٣ ـ **الارادة غير الموجودة والارادة المعيبة :** العقد عمل قانوني قوامه الارادة؛ والارادة قد تكون غير موجودة أي معدومة وفي هذه الحالة يعتبر العقد باطلا أي غير موجود؛ وقد تكون الارادة موجودة ولكنها معيبة بعيب من العيوب ، وفي هذه الحالة يكون العقد موقوف النفاذ في القانون الاردني و باطلا بطلاناً نسبياً في القانون المصري.

والارادة تكون معدومة إذا صدرت ممن لا يملكها كالصبي غير المميز، وتكون معيبة إذا صدرت من كامل الأهلية الذي شاب رضاه عيب من العيوب، وعيوب الرضا في القانون الأردني هي : الاكراه، والتغرير والغبن، والغلط، و يقابلها في القانون المصري الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال، وسنقتصر على بحث عيوب الرضا في القانون الأردني.

---

١. بهذا يتم شرط اتحاد المجلس المطلوب في العقود، وهو اتحاد حكمي.

المطلب الأول
الاكراه

٨٤ ــ **تعريف الاكراه**[١]: الاكراه ضغط على الشخص يولد في نفسه رهبة تحمله على التعاقد؛ أو هو كما تقول محكمة النقض المصرية «الاكراه المبطل للرضا لا يتحقق إلا بالتهديد المفزع في النفس أو المال، أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل للمكره باحتمالها أو التخلص منها، و يكون من نتائج ذلك خوف شديد يحمل المكره على الاقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختياراً».

وهذا الوصف للاكراه ينصرف الى الاكراه المفسد للرضا (violence viciant le consentement) وهو موضوع بحثنا، دون الاكراه المعدم للرضا (violence excluent le consentement) والذي يترتب عليه بطلان العقد بطلانا أصليا، كما لو أمسك المكره أي المجبر بيد المكره والقلم فيها للتوقيع على العقد، أو نومه تنو يماً مغناطيسيا وأوحى إليه بامضاء العقد، إذ في هذه الحالة لا يمكن القول بوجود الارادة، بعكس الحال في الاكراه المفسد للرضا، فالارادة موجودة وأن لم تكن حرة.

والاكراه في الفقه الاسلامي هو حمل الغير على ما لا يرضاه؛ ذلك أن الارادة في الفقه الاسلامي تتكون من عنصرين، هما الاختيار والرضا. والاختيار هو القصد إلى التلفظ بالعبارة المنشئة للعقد؛ أما الرضا فهو الرغبة في آثار العقد عند التلفظ بما يدل على إنشائه. وعلى هذا فوجود الرضا يستلزم وجود الاختيار، أما الاختيار فقد يوجد دون وجود الرضا، ولذا فان المكره يعتبر غير راضٍ في العقد لعدم رغبته في تحمل الآثار التي يولدها، ولكنه مختار لأنه عرف الشرين وأختار أهونهما.

٨٥ ــ **أنواع الاكراه**: الاكراه المفسد للرضا قد يكون مادياً أو معنو ياً، وعلى هذا نصت المادة ١٣٥ مدني أردني بقولها «الاكراه هو اجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملا دون رضاه و يكون مادياً أو معنو يا».

والاكراه المادي أي الحسي (contrainte physique) وسيلته الاكراه الجسماني إذا وقع فعلا، فيقبل الشخص العقد تخلصا من استمرار الالم، أما الاكراه المعنوي أو النفسي (contrainte morale) فوسيلته التهديد بالايذاء بالقتل أو الضرب مثلا، فيقبل

---

١. راجع في هذا الموضوع: «ريبير» في القاعدة الأدبية بند ٤٥ وما بعده ــ «جوسران» في الباعث في التصرف في القانوني الخاص بند ٧١ وما بعده ــ «بريتون» في الاكراه كعيب في الرضاء، رسالة من «كان» سنة ١٩٢٥.

الشخص العقد تفادياً للألم المستقبل، وهذا النوع الأخير من الاكراه هو أكثرها وقوعا في الوقت الحاضر.

والاكراه يكون عادة إيجابيا، غير أنه لا مانع من أن يكون سلبياً، كما لو قبل شخص القيام بعمل، ثم هدد الطرف الآخر ـ بغية الحصول على زيادة في الأجر مثلا ـ بالامتناع عن القيام به، وكان في الامتناع نظراً لظروف العاقد الآخر ما يهدده بخطر جسيم، كطبيب يمتنع عن إجراء العملية الجراحية التي تعاقد مع المريض على القيام بها، إلا إذا زاد له زيادة كبيرة في الأجر المتفق عليه، في وقت يصعب على المريض أن يستعيض عنه بغيره.

أخيراً ينقسم الاكراه الى إكراه ملجىء وإكراه غير ملجىء. وتقضي المادة ١٣٦ مدني بأنه «يكون الاكراه ملجأ اذا كان تهديداً بخطر جسيم محدق بالجسم أو المال» كالتهديد بقتل النفس أو باتلاف عضو أو بالضرب الشديد الذي قد يؤدي إلى إتلاف النفس أو العضو، أو باتلاف جميع المال.

وتقضي نفس المادة بأن الاكراه «يكون غير ملجىء اذا كان تهديداً بما دون ذلك» كالحبس أو القيد أو الضرب أو التأنيب الشديد أمام الناس. ولا شك أن هذا النوع من الاكراه يختلف باختلاف الأشخاص، فرب أمر كالتأنيب العلني يعتبر إكراه في حق شخص ولا يكون كذلك في حق غيره.

والفرق بين هذين النوعين من الاكراه كما تقول المادة ١٣٨ مدني هو أن «الاكراه الملجىء يعدم الرضا و يفسد الاختيار وغير الملجىء يعدم والرضا ولا يفسد الاختيار».

ولما كان الاكراه الملجىء يعدم الرضا و يفسد الاختيار فهو يؤثر في التصرفات القولية والتصرفات الفعلية، أي في التصرفات القانونية والوقائع المادية، فيفسد الأولى و يصلح عذراً يعفي من المسؤولية عن الثانية، أما الاكراه غير الملجىء فهو وإن كان يعدم الرضا إلا أنه لا يفسد الاختيار، ومن ثم يؤثر في التصرفات القولية دون التصرفات الفعلية.

وسواء كان الاكراه ملجأ أو غير ملجىء، فانه يعتبر عيباً من عيوب الرضا، ولذا نصت المادة ١٤١ مدني على أن «من اكره بأحد نوعي الاكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده...».

٨٦ ـ **شروط الاكراه** : حتى يعتبر الاكراه عيباً من عيوب الرضا يتعين أن تتوافر فيه شروط معينة وهي : ١ ـ عدم مشروعية الاكراه. ٢ ـ قدرة المجبر أي المكره على ايقاع تهديده. ٣ ـ بعث الرهبة في نفس المكره.

٨٧ ـ **الشرط الأول ـ عدم مشروعية الاكراه:** لا يعتبر الاكراه عيبا في الرضا إلا إذا كان غير مشروع (م ١٣٥) والاكراه يكون مشروعا أو غير مشروع بحسب الغرض منه. فاذا كان الغرض منه حصول المكره أي المجبر على ما ليس له حق فيه كان غير مشروع وترتب على وقوعه فساد الرضا سواء في ذلك كانت وسيلة الاكراه غير مشروعة، وهو الغالب، كمن يهدد آخر بالتشهير به إن لم يدفع له مبلغاً من المال؛ أم كانت الوسيلة مشروعة. كدائن يهدد مدينه باعلان افلاسه أو بالتنفيذ على أمواله إن لم يتعهد بدفع مبلغ آخر لاحق للدائن فيه.

أما إذا كان الغرض من الاكراه مشروعا، أي كانت الغاية منه هي حصول الشخص على حق له، فان الاكراه بالرغم من تأثيره في هذه الحالة على الارادة، لا يفسد العقد، سواء كانت الوسيلة التي استعملت في إيقاع الاكراه مشروعة ـ وهذا من باب أولى ـ كمودع عنده يبدد الوديعة فيهدده المودع بابلاغ الأمر إلى النيابة العامة إن لم يوقع على سند بما أودعه عنده؛ أم كانت غير مشروعة كتهديد شخص لآخر بالتشهير به إن لم يرد إليه حقه، كل هذا بشرط ألا تصل الوسيلة غير المشروعة الى درجة الجريمة المعاقب عليها.

٨٨ ـ **الشرط الثاني ـ قدرة المكره على إيقاع تهديده:** تنص المادة ١٤٠ مدني أردني على أنه «يشترط أن يكون المكره قادراً على ايقاع ما هدد به وأن يغلب على ظن المكره وقوع الاكراه عاجلا أن لم يفعل ما أكره».

لا يقتصر الفقه الاسلامي على المعيار الذاتي أو النفسي الذي يقول به الفقه الحديث، وهو أن يبعث الاكراه رهبة في نفس المتعاقد تحمله على التعاقد حيث يغلب على ظنه وقوع ما هدد به، بل يقرن هذا المعيار النفسي بمعيار مادي هو ان يكون من صدر منه الاكراه قادراً على إيقاع ما هدد به، وعلى أساس هذين المعيارين صيغت المادة ١٤٠ مدني (١).

٨٩ ـ **الشرط الثالث ـ بعث الرهبة في نفس المكره:** الاكراه في ذاته لا يعيب الرضا، وإنما يعيبه ما يولده في نفس المكره من رهبة. والرهبة تنبعث عادة من تهديد بالحاق الأذى بالنفس بالقتل مثلا، أو بالجسم بالضرب أو التعذيب أو بالمال بالاتلاف أو الحرق... الخ أو بالسمعة بالتشهير. ولا يشترط لبعث الرهبة وفساد الرضا أن يكون التهديد بالحاق الأذى خاصا بشخص المتعاقد أو بماله أو بشرفه؛ بل ان التهديد بالحاق الأذى بشخص ممن تربطه رابطة القرابة أو النسب قد يولد في

---

١. راجع المادة ٢٨٩ من مرشد الحيران التي نصت كذلك على المعيارين النفسي والمادي.

نفس العاقد مثل هذه الرهبة التي تحمله على التعاقد، وقد أشارت إلى هؤلاء الأشخاص المادة ١٣٧ مدني بقولها «التهديد بايقاع الضرر بالوالدين أو الأولاد أو الزوج أو ذي رحم محرم، والتهديد بخطر يخدش الشرف يعتبر إكراها، و يكون ملجئاً أو غير ملجيء بحسب الاحوال». وحكم هذه المادة مأخوذ من الفقه الاسلامي في تحديد أشخاص الغير، حيث يعتبر إكراها كل خطر جسيم يهدد الأب أو الابن أو الزوج أو ذا الرحم المحرم (١)

غير أن الرأي في الفقه المعاصر أنه في التقنينات التي تحدد أشخاص الغير كالتقنين الاردني، والتقنين الفرنسي (م ١١١٣ مدني) والتقنين اللبناني (م ٢١٠/١ موجبات وعقود) والتقنين العراقي (م ٣/١١٢ مدني)، لا يعتبر هؤلاء الأشخاص مذكورين على سبيل الحصر، غاية الأمر أن الخطر إذا كان يهدد واحداً من هؤلاء قامت قرينة على أن الاكراه متحقق، وإذا هدد غير هؤلاء وجب إثبات أن الخطر الذي يهدده أثر في نفس المتعاقد إلى حد الاكراه.

٩٠ ـ **ما يشترط في الرهبة**: يشترط في الرهبة حتى تفسد الرضا أن تكون قائمة على أساس، والرهبة تكون قائمة على أساس اذا كانت ظروف الحال تصور للطرف المكره أن خطراً جسيما محدقاً يهدده هو أو غيره، أي أنه يشترط في الخطر ـ وهو مبعث الرهبة ـ أن يكون جسيماً وأن يكون محدقا (م ١٣٦ مدني)، واجتماع هذين الشرطين يستتبع بالضرورة وجود شرط أولي وهو أن يكون الخطر محدداً.

ففيما يتعلق بالشرط الأول، يجب أن يكون الخطر المهدد المكره بوقوعه إن لم يقبل التعاقد محدداً، وعلى ذلك فمجرد التهديد العام دون بيان نوع الخطر الذي قد يصيب المكره لا يعتبر إكراها مفسداً للرضا، إلا إذا كانت العلاقة السابقة بين المجبر والمكره من شأنها أن تكشف عن نوع هذا الخطر.

وفيما يتعلق بالشرط الثاني، وهو جسامة الخطر، فيرجع في تقدير هذه الجسامة إلى حالة المكره النفسية أي أن المعيار فيها ليس موضوعيا بل ذاتيا، ولذلك نصت المادة ١٣٩ مدني على أنه «يختلف الاكراه باختلاف الأشخاص وسنهم وضعفهم ومناصبهم ودرجة تأثرهم وتألمهم من الاكراه شدة وضعفا». أي أنه يجب الاعتداد في تقدير جسامة الخطر بظروف المتعاقد الشخصية من حيث جنسه بأن كان ذكراً أو أنثى، ومن حيث حالته الجسمانية بأن كان شاباً قو ياً أو شيخاً هرماً ومن حيث حالته الاجتماعية بان كان متعلماً أو أميا، ومن حيث الظروف الأخرى

٠١ المبسوط جـ ٢٤ ص ١٤٣ و١٤٤. والمادة ٢٨٧ من مرشد الحيران.

التي أحاطت به وقت أن وقع الاكراه، كظرف الليل أو الوحدة. وتطبيقاً لهذا المعيار الذاتي، قد يفسد الاكراه الرضا ولو كان الخطر المهدد به وهمي (crainte chimerique) بأن كانت وسائله غير جدية كأعمال الشعوذة مثلا.

غير أنه يشترط بصفة عامة فيما يتعلق بجسامة الخطر ألا يكون في مكنه المكره تلافيه بسهولة، لأنه إذا كان الأمر كذلك، وأهمل في هذا الشأن فلن يقبل منه الادعاء بفساد الرضا.

أما فيما يتعلق بالشرط الثالث، وهو أن يكون الخطر محدقا أي وشيك الوقوع فحكمته أن الخطر الحال هو الذي يولد عادة الرهبة، بعكس التهديد بخطر مستقبل فقد لا يولدها لاحتمال تلافيه مع فسحة الوقت، غير أن هذه القاعدة لا يؤخذ بها على إطلاقها، لأن العبرة في تقدير الخطر هو بما يولده من رهبة حالة لا بكونه هو حالا أو مستقبلا.

٩١ ـ **الشوكة والنفوذ الأدبي كوسيلة لبعث الرهبة:** الأصل أن مجرد الشوكة أو النفوذ الأدبي الذي قد يكون لشخص على آخر (la crainte révérentielle) كالنفوذ الذي للأب أو الأم على الولد أو للزوج على زوجته، أو للاستاذ على طلبته، أو لرجل الدين على أتباعه، أو للرئيس على مرؤوسيه، لا يكفي كوسيلة للاكراه إلا إذا تجاوز صاحب هذا النفوذ في استغلال نفوذه الحد المتعارف عليه بين الناس وكان هذا النفوذ مصحوبا بوسيلة أخرى، أو بعبارة أخرى اذا لم يعد مبعث هذا النفوذ هو الشعور بالاحترام نحو صاحبه، بل الخوف والرهبة منه. وقد أتت المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني(١) بمثال لذلك فذكرت أن الشوكة التي للزوج على زوجته وما تنطوي عليه من احتمال أن يطلقها أو يتزوج عليها ليست في ذاتها اكراها، ولكن إذا استغل الزوج هذه الشوكة للوصول إلى غرض غير مشروع، و بخاصة إذا قرن ذلك بتخويف وتهديد كان إكراها مؤثراً في التصرف الصادر من الزوجة.

كذلك أتى المشرع الاردني بتطبيق خاص للشوكة التي للزوج على زوجته واساءته استعمالها بما قرره في المادة ١٤٢ من أن «الزوج ذو شوكة على زوجته فاذا أكرهها بالضرب أو منعها عن أهلها مثلا لتتنازل عن حق لها أو تهب له مالا ففعلت كان تصرفها غير نافذ». و يؤخذ على هذه المادة أن الضرب في ذاته يعتبر من وسائل الاكراه المادي الذي يفسد الرضا وإن لم يصاحبه نفوذ أدبي أو شوكة من جانب المجبر.

---

١. المذكرات الايضاحية جـ١ ص١٣٦.

٩٢ ـ **انبعاث الرهبة عن إكراه صادر من الغير:** الأصل في الاكراه المفسد للرضا أن يكون صادراً من المتعاقد الآخر، فان كان صادراً من أجنبي عن العقد فلا يفسد الرضا في القانون المصري إلا إذا كان متصلا بالعاقد الآخر بأن كان يعلم به أو كان من المفروض حتما علمه به (م ١٢٨ مدني مصري) فان لم يكن متصلا به فلا يؤثر على صحة العقد، و يقتصر حق المكرة على الرجوع على من صدر منه الاكراه بالتعو يض على أساس المسؤولية التقصيرية.

أما في القانون المدني الأردني فنظراً لعدم وجود نص في هـــذا الموضوع ، فيتعين الرجوع إلى الفقه الاسلامي، والفقه الاسلامي يعتد بالاكراه الواقع من غير المتعاقدين، ولكن يبدو أنه لا يشترط أن يكون المتعاقد المستفيد مـــن الاكراه متواطئاً مع الغير الذي وقع منه الاكراه أو عالما بما وقع مـــن الاكراه أو مستطيعا أن يعلمه له.(١)

٩٣ ـ **الاكراه الناشيء من الظروف (حالة الضرورة):** قد لا يصدر الاكراه من شخص ما، بل تولده الظروف مصادفة، فيستغل العاقد هذه الظروف للضغط على إرادة من وقع تحت تأثيرهالحمله على التعاقد أو للحصول على مقابل ما كان ليحصل عليه في الظروف العادية. كشخص يصاب في حادث سيارة في طريق بعيد عن العمران فيرفض شخص آخر نقله إلا إذا تعهد بدفع مبلغ كبير من المال؛ أو طبيب يستغل حالة الضرورة التي قد يوجد فيها المريض فيلزمه بدفع أجر لا يتقاضاه هذا الطبيب عادة؛ أو ربان سفينة مهددة بالغرق يستغيث بربان سفينة أخرى، فيشترط الآخير لانقاذها مقابلا مبالغاً فيه.

وقد جرى القضاء في فرنسا، فيما يتعلق بمسألة الانقاذ البحري على إبطال الاتفاق الذي يعقد في مثل هذه الظروف الاضطرارية، تأسيساً على تعيب الارادة للاكراه، مع تخو يل نفسه (أي القضاء) حق تحديد المقابل الذي يعطى لمن صدرت منه المساعدة.

وقد تدخل المشرع الفرنسي بعد ذلك في هذا الشأن فأصدر في ٢٩ ابريل سنة ١٩١٦ قانون المساعدة والانقاذ البحريين، ونص في المادة السابعة منه على أن للقاضي سلطة تعديل اتفاق المساعدة، وإبطاله إذا أبرم تحت تأثير خطر الغرق.

كذلك تدخل المشرع الفرنسي بعد الحرب العالمية الثانية لابطال التصرفات التي صدرت من بعض الطوائف تحت تأثير الذعر الذي سببه الاحتلال الألماني

---

١. المرحوم استاذنا عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي جـ٢ ص ٢٢١ وما بعدها.

والخوف من تطبيق القوانين العنصرية، فأصدر تشريعاً خاصا لهذه الحالة في سنة ١٩٤٥ ثم عدله بقانون في ١٩ يونيه سنة ١٩٤٧، وقد قصد المشرع الفرنسي من إصدار هذا التشريع الخاص إعفاء مدعي البطلان، الذي تصرف تحت تأثير الذعر والخوف من إثبات الاكراه.

على أنه بجانب الحالات التي نظمها المشرع الفرنسي بتشريع خاص، جرى القضاء في كل من فرنسا ومصر على أن استغلال شخص لظروف ملجئة أحاطت بشخص آخر لحمله على قبول ما لم يكن ليقبله اختياراً يعتبر اكراها مفسداً للرضا.

ونرى أنه من الممكن الأخذ في القانون الاردني بحكم الاكراه الذي يتحقق في حالة الضرورة إذا كان المكره شخص سيء النية واستغل الظروف التي تهيأت مصادفة للضغط على إرادة المتعاقد بغرض الحصول على مغنم فاحش، خاصة وأن الفقه الاسلامي يعتد بالاكراه في هذه الحالة(١).

٩٤ ـ **حكم الاكراه:** تنص المادة ١٤١ مدني أردني على أن «من أكره بأحد نوعي الاكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده ولكن لو أجازه المكره أو ورثته بعد زوال الاكراه صراحة أو دلالة ينقلب صحيحا»(٢).

الجزاء على الاكراه هو عدم نفاذ العقد، ولكن يجوز للمكره أو ورثته بعد انقطاع الاكراه إجازة العقد صراحة، أو ضمناً بتنفيذ ما تضمنه من التزامات، وفي هذه الحالة يأخذ حكم العقد الصحيح.

---

١. المرحوم استاذنا عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، كما أن مذهب مالك يعتد بالاكراه في هذه الصورة (الحطاب ج ع، ص٢٤٨ الى ٢٥٠).

٢. المادة ١٦٤ من المجلة.

المطلب الثاني
التغرير والغبن
أولا ـ التغرير

٩٥ ـ **التعريف بالتغرير**[١]: التغرير لغة الخداع، و يستعمل الفقه الاسلامي بجانب اصطلاح التغرير (بمعنى توصيف المبيع للمشتري بغير صفه الحقيقية) اصطلاح التدليس (بمعنى اخفاء عيب في أحد العوضين في عقود المعاوضة).

وقد عرفته المادة ١٤٣ من القانون المدني الاردني بقولها «التغرير هو أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها».

وظاهر من هذا التعريف أن التغرير أو التدليس لا يعتبر في الواقع عيبا مستقلا من عيوب الرضا، بل هو علة لعيب آخر سيأتي شرحه، هو الغلط، ذلك أن الغلط إما أن يكون تلقائيا، أي ينزلق إليه الشخص من تلقاء نفسه، وإما أن يكون مستثاراً، أي تثيره في الذهن الحيل التي استعملت مع العاقد، وفي الحالتين يكون العقد معيباً.

وما حمل بعض المشرعين كالمشرع المصري لتناوله كعيب مستقل عن الغلط (م ١٢٥ و١٢٦ مدني مصري) إلا مراعاة بعض الاعتبارات العملية وهي سهولة اثبات التدليس الذي تسنده عادة وقائع مادية يسهل التدليل عليها عنه في إثبات الغلط الذي هو حالة نفسانية، فضلا عما يخوله التدليس من حق مطالبة المدلس بتعويض الضرر الناجم عن التدليس وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية بجانب الطعن في صحة العقد.

ومحاكاة للفقه الاسلامي أشارت المادة ١٤٣ مدني السابقة الذكر إلى أن

---

١. راجع في موضوع التدليس: «سالي» في إعلان الارادة بند ٥٠ وما بعده ـ «ديموج» جـ١ بند ٣٣٨ وما بعده ـ بلانيول وريبير واسمان جـ١ بند ١٩٩ وما بعده ـ «أجلشتين» في التدليس والغش من ناقص الأهلية، باريس سنة ١٩٢٨ ـ «كوهين» في الكتمان الخاطىء، باريس سنة ١٩٢٩ ـ «قوان» في حسن النية «بوردو» سنة ١٩٣٩ «لو يس لوكاس» في الغبن والعقد سنة ١٩٢٦ وانظر كذلك «جوسران» في الباعث في التصرفات القانونية بند ٩١ وما بعده.

التغرير قد يكون قوليا أي ناتجا من القول فقط، وقد يكون فعليا أي ناتجا عن فعل، كصبغ الثوب القديم ليظهر أنه جديد، أو كبيع المصراه كما يقول فقهاء الشرع الاسلامي(١).

٩٦ ـ **عناصر التغرير أو التدليس :** يشترط لاعتبار التغرير عيباً من عيوب الرضا أن يكون مستجمعاً لعدة عناصر هي : ١ ـ استعمال الحيلة. ٢ ـ نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع. ٣ ـ أن تكون الحيلة مؤثرة(٢).

٩٧ ـ **العنصر الأول ـ استعمال الحيلة :** تتخذ الحيل المستعملة في التدليس أو التغرير صوراً شتى تختلف باختلاف حالة العاقد المدلس عليه، ولذا فالمعيار فيها ذاتياً. وعادة تتكون هذه الحيل من وقائع ايجابية أي من تأكيدات كاذبة تسندها طرق احتيالية بقصد اخفاء حقيقة الأمر عن العاقد أو ايهامه خلاف الواقع، كاصطناع احد المتعاقدين لمستندات مزورة أو اتخاذه مظاهر خداعة بقصد حمل الطرف الآخر على التعاقد.

٩٨ ـ **الكذب :** إذا كان الأصل أن الكذب وحده لا يكفي لتكو ين عنصر الحيلة في التدليس، إلا أن الكذب ولو مجرداً من الطرق الاحتيالية يعتبر تدليسا إذا تناول واقعة لها أهميتها عند العاقد، بحيث ما كان ليتعاقد لولا التأكيدات غير الصحيحة التي صدرت له في شأنها؛ كما لو أعطى شخص لشركة تأمين بيانات كاذبة بقصد إخفاء حقيقة الأخطار التي يتعرض لها والتي تزيد في نفس الوقت من تبعة الشركة ، أو كما لو أدلى شخص ببيانات كاذبة عن كفايته وخبرته السابقة بقصد الحصول على وظيفة.

والكذب يعتبر خديعة وتغريراً في الفقه الاسلامي إذا وجد في عقد من عقود الأمانة التي يقال لها بيوع الأمانة؛ حيث يطمئن المشتري إلى أمانة البائع فيشتري منه على أساس الثمن الذي اشترى به السلعة فاذا بيعت السلعة على أن يزاد قدر معلوم من الربح إلى الثمن الأصلي سمي البيع مرابحة. وإذا بيعت على أن ينقص قدر معلوم من هذا الثمن سمي البيع وضيعة. وإذا بيعت بثمنها الأصلي سمي البيع

---

١. بيع المصراة هي بيع الابل أو البقر أو الغنم التي حبس لبنها مدة دون حلب، حتى اذا رآها المشتري استغزر لبنها واغتر بها على كونها حلوبا، واشتراها تحت تأثير هذا التغرير أو التدليس.

٢. يختلف التدليس في القانون المدني عنه في القانون الجزائي وهو النصب، في أن الطرق الاحتيالية في جريمة النصب عنصر مستقل قائم بذاته.
كذلك يختلف التدليس عن الغش، في أن التدليس يصادف أثناء عملية انعقاد العقد، أما الغش فيقع في مرحلة تنفيذ العقد.

تولية إذا أخذ المشتري كل السلعة، وسمي اشتراكا إذا أخذ المشتري بعضا منها(١). ففي هذه العقود إذا كذب البائع في بيان الثمن الأصلي كان هذا الكذب تغريراً وسمي عمله خيانة.

ومن أمثلة عقود الأمانة في العصر الحديث عقود التأمين على أختلاف أنواعها، سواء في ذلك التأمين على الحياة أو التأمين على الأشياء أو ضد بعض الأخطار.

ومن قبيل عقود الأمانة في الفقه الاسلامي كذلك بيع الاسترسال والاستئمان، حيث يبين العاقد أن لا دراية له بسعر السوق فيستأمن المتعامل معه و يسترسل إلى نصحه و يطلب إليه أن يبيع منه أو يشتري بما تبيع الناس أو تشتري به؛ فاذا كذب عليه المتعامل معه، فان هذا الكذب يعتبر غشاً وتدليسا(٢).

٩٩ ــ **الكتمان :** الكتمان (reticence) أو السكوت قد يعتبر تغريراً، لأن الكتمان ما هو الا الوجه السلبي للكذب، فاذا تناول الكتمان المتعمد واقعة يجب الافضاء بها نزولا على حكم القانون، أو الاتفاق، أو طبيعة العقد وما يحيط به من ظروف وملابسات، وجب اعتباره تغريراً أي تدليسا ما دام الطرف المدلس عليه أي المغرور لا يستطيع معرفة حقيقة الواقعة من طريق آخر. وفي أحكام القضاء المصري الكثير من الأمثلة على بلوغ الكتمان حد التدليس، من ذلك ما قضت به المحاكم في شأن كتمان المؤمن على حياته عن شركة التأمين مرضا أصابه قبل التأمين؛ وفي كتمان المؤمن له عن شركة التأمين أن شريكه كان قد توعده أمام شهود باحراق متجره، لما في ذلك من تأثير في تقدير التبعة.

وقد نص على هذا النوع من التدليس القانون المدني الاردني في المادة ١٤٤ التي تقضي بأنه «يعتبر السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة تغريراً إذا ثبت أن المغرور ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة».

وظاهر من كل ما تقدم أن كل إخفاء لواقعة لها أهميتها في التعاقد سواء كان ذلك بطريق إيجابي وهو الكذب أو بطريق سلبي وهو السكوت المتعمد أي الكتمان، يعتبر تدليسا مفسداً للرضا إذا اكتملت فيه كافة العناصر المكونة للتدليس.

---

١. البدائع جـ٥ ص ٢٣٢، المدونة جـ١٠ ص ٥٩ الى ٦٢.

٢. المرحوم استاذنا عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ص ١٧٥ وما بعدها.
و يعتبر من قبيل التدليس كما جاء في قضاء المحاكم إخفاء المؤمن له نفسه وذكر اسم شخص آخر؛ وذكر المؤمن له بيانات كاذبة عن تاريخ صنع السيارة المؤمن عليها وتاريخ شرائها؛ وذكر المؤمن له وهو بحار أنه مزارع ليخفي عن شركة التأمين الأخطار التي يتعرض لها في مهنته.

وعلى ذلك لا نرى في سكوت البائع عن ابلاغ المشتري ما يثقل العقار المبيع من حقوق عينية تدليسا يعيب الرضا، لأن في مكنة المشتري بل من واجبه في حق نفسه تعرف حقيقة الأمر بالكشف على العقار لتعرف ما إذا كان مثقلا بحقوق عينية لصالح الغير.

١٠٠ ـ **التدليس أو التغرير المتعلق بنقص الأهلية:** يعتبر تعمد الخديعة من جانب القاصر فيما يتعلق بنقص أهليته عملا غير مشروع، غير أنه إذا اقتصرت الحيلة المستعملة من القاصر لاخفاء نقص أهليته على مجرد الكذب أو الكتمان فان هذا لا يكفي لاعتبار عمله تدليسا، بل يجب لكي يصدق عليه هذا الوصف أن يصحب الكذب أو الكتمان وسائل احتيالية كتقديم شهادة ميلاد مزورة، وقد نصت على ذلك المادة ١٣٤ مدني أردني بقولها «١ ـ يجوز لناقص الأهلية أن يطلب ابطال العقد. ٢ ـ غير أنه إذا لجأ إلى طرق احتيالية لاخفاء نقص أهليته لزمه التعويض»(١).

١٠١ ـ **العنصر الثاني ـ نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع:** يجب أن تكون الحيلة المستعملة في التدليس مصحوبة بنية التضليل والخداع للوصول إلى غرض غير مشروع، فاذا انتفت نية التضليل فلا تغرير ولا تدليس، كما هو الشأن فيما يصدر من التجار والباعة من انتحال أحسن الأوصاف لسلعهم والمبالغة في شأنها بغرض الترويج لها إذ يعتبر هذا من قبيل الكذب المباح الذي لا أثر له على صحة الرضا، ولكن لو وقع المتعاقد الآخر في غلط نتيجة لهذا العمل فله الطعن في العقد للغلط لا للتدليس.

كذلك يجب أن يكون المقصود من التضليل هو الوصول إلى غرض غير مشروع، فاذا كان الغرض مشروعا فلا تدليس، كما لو استعمل المودع وقد تبين له أن المودع عنده غير أمين، طرقا احتيالية للحصول على إقرار من هذا الآخير بالوديعة.

١٠٢ ـ **العنصر الثالث ـ أن تكون الحيلة مؤثرة:** أي أن تبلغ من الجسامة حداً يعتبر دافعا للمتعاقد على التعاقد، والى هذا العنصر أشارت المادة ١٤٣ مدني أردني السابقة الذكر عندما قررت أن «التغرير هو أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسائل احتيالية... تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها»(٢)؛ واليه أيضا

١. تقابل المادة ١١٩ من التقنين المدني المصري.

٢. تقابل المادة ١/١٢٥ من التقنين المدني المصري.
و يذهب القضاء المصري الى أن التدليس يجب أن يكون وليد إجراءات احتيالية أو وسائل من شأنها التغرير بالعاقد بحيث يشوب إرادته و يفقده الحكم على الأمور حكما سليما (نقض مدني ٢٠ فبراير ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٤٦ ص ٢٦٣).

أشارت المادة ١٤٤ بقولها «يعتبر السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة تغريراً اذا ثبت أن المغرور ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسه».

وجسامة الحيلة يرجع فيها إلى معيار شخصي أي ذاتي، لأنها تتوقف على حالة المغرور أي الشخص المدلس عليه، إذ من الناس من يصعب خداعه، ومن الناس من يسهل غشه.

١٠٣ ـ **التدليس أو التغرير الصادر من أجنبي عن العقد:** تنص المادة ١٤٨ من القانون المدني الاردني على أنه «إذا صدر التغرير من غير المتعاقدين واثبت المغرور أن المتعاقد الآخر يعلم بالتغرير وقت العقد جاز له فسخه»(١).

راعى المشرع الأردني عند وضع هذه المادة، التوفيق بين ما يجب للمعاملات من استقرار وما يجب للعاقد المخدوع من حماية، فاذا كان الأصل هو وجوب صدور التغرير أو التدليس ممن كان طرفاً في العقد أو من نائبه. ولفظ النائب هنا يجب ألا يؤخذ بمعناه الفني الدقيق، بل يجب أن يفسر تفسيراً واسعا بحيث ينصرف الى الوصي على الشخص المصاب بعاهتين (أو من يسمى بالمساعد القضائي في القانون المصري) أو الى التابع(٢) ـ إلا أنه إذا كان هذا الطرف على علم وقت التعاقد بالتغرير الصادر من الغير، فانه يجوز للمغرور أي المدلس عليه، متى أثبت واقعة علم الطرف الآخر بالتغرير طلب الفسخ، فان عجز عن هذا الاثبات فلا مساس بالعقد رعاية لواجب الاستقرار في المعاملات.

هذا و يلاحظ أن الفقه الاسلامي تعرض أيضا للتغرير الصادر من الغير، ما دام هذا الغير متواطئا مع العاقد الذي يفيد من التغرير، من ذلك الناجش، وهو رجل يتواطأ مع صاحب سلعة يبيعها بالمزاد ليغالي في السلعة حتى يبلغها أكثر من قيمتها، ومن ذلك أيضا التدليس الصادر من الدلال وقد أشارت إليه المادة ٥٣٢ من مرشد الحيران.

---

١. تقابل المادة ١٢٦ من التقنين المدني المصري بأنه «إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطالب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس».

٢. راجع المادة ١٣٢ والفقرة الأولى (ب) من المادة ٢٨٨ من القانون المدني الأردني.

وجدير بالملاحظة أن القانون المدني الاردني تعرض هنا إلى التغرير الصادر من أجنبي، في حين أنه سكت عن الاكراه الصادر من الغير، وكان من الواجب الآخذ بسياسة واحدة في تنظيم أحكام عيوب الرضا، والاعتداد بها ما دامت داخلة في دائرة التعاقد، بأن كان الغير متواطئاً مع المتعاقد المستفيد من العيب، أو كان هذا الأخيز عالما أو من المفروض فيه أن يعلم بما صدر من الغير سواء كان إكراهاً أو تدليسا.

ثانياً ـ الغبن

١٠٤ ـ **التعريف بالغبن**: الغبن في اللغة النقص، و يقصد به فقها كون أحد العوضين في عقد المعاوضة غير متعادل مع الآخر، بأن يكون أقل من قيمته أو أكثر منها. والغبن كما قد يكون في جانب البائع قد يكون في جانب المشتري، أي أنه لا يكون في جانب واحد دائما.

هذا و يلاحظ أن عدم التعادل في الالتزامات المتقابلة التي يرتبها العقد، أي عدم التعادل بين ما يبذله العاقد وما يأخذه، قد ينظر اليه من الناحية المادية، وهذا ما يعرف اصطلاحا بالغبن (lésion)، وقد ينظر إليه من الناحية النفسية فيسمى استغلالا (exploitation)؛ ومن التشريعات ما يأخذ بجانب حالات الغبن المادي التي تحدد فيها قيمة الشيء وفقا لقانون العرض والطلب دون نظر الى ظروف المتعاقد و يرمز فيها عادة إلى عدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة برقم معين، و يعتبر الغبن متحققا إذا وصل عدم التعادل إلى هذا الرقم؛ منها ما يأخذ بالاستغلال و يعتبره عيبا من عيوب الرضا. وأساس نظرية الاستغلال عدم النظر عند تقدير الشيء الى قيمته المادية بل الى قيمته الشخصية باعتبار ظروف العاقد. والاستغلال لا يتحقق إلا إذا أعطى الشخص مثلا ثمناً أكبر من قيمة الشيء الشخصية نتيجة لعوزه أو طيشه أو عدم خبرته التي استغلها الطرف الآخر.

كذلك لا ترمز نظرية الاستغلال لعدم التعادل في الالتزامات التقابلة برقم معين؛ أي لا تحدد الغبن بمقدار معين، بل تترك الأمر للقاضي يقدر ظروف كل حالة على حده، إنما تشترط فقط أن يكون اختلال التعادل بين الالتزامات المتقابلة، فادحا أي ظاهراً. وقد أخذ التقنين المدني المصري بهذه النظرية (١) بجانب حالات الغبن

---

١. تنص الفقرة الأولى من المادة ١٢٩ من التقنين المدني المصري على أنه «اذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد».

المادي الذي نص عليه في بعض نصوصه.

أما المشرع الأردني فلم يتعرض إلا للغبن بمعناه المادي، مسايرة منه للفقه الاسلامي.

١٠٥ ـ **الغبن اليسير والغبن الفاحش**: الغبن أما أن يكون يسيراً واما أن يكون فاحشا. والغبن اليسير هو ما كان داخلا تحت تقو يم المقومين، أي تقدير الخبراء للشيء محل العقد. فاذا بيع شيء بتسعين ديناراً، وقومه أحد الخبراء بتسعين، وقومه خبير آخر بثمانين، وخبير ثالث بمائة، كان الغبن يسيراً، واعتبر يسيراً لأن النقص فيه ليس متحققا، بل محتملا فقط(١)

أما الغبن الفاحش أو ما لا يتغابن الناس فيه، فهو ما لم يكن داخلا تحت تقو يم المقومين، وعلى هذا نصت المادة ١٤٦ من القانون المدني الاردني بقولها «الغبن الفاحش في العقار وغيره هو ما لا يدخل تحت تقو يم المقومين» (وهذا الحكم مستمد من المادة ٥٤٥ ـ٣ من مرشد الحيران)، وقد آثر المشرع الاردني الأخذ به لمرونته و يسره.(٢)

١٠٦ ـ **أثر الغبن اليسير**: لا يؤثر الغبن اليسير في رضا المتعاقد، لأن هذا الغبن قلما يخلو منه عقد، فالعاقد مهما احترز فلن يستطيع أن يتفاداه في كل عقوده، هذا بالاضافة إلى أنه غبن محتمل، ولذا جرت عادة الناس باغفاله؛غير أن المشرع الاردني مسايرة منه لأحكام الفقه الاسلامي، استثنى من هذا الحكم حالتين نص عليهما في المادة ١٤٧ بقوله «إذا أصاب الغبن ولو كان يسيراً مال المحجور عليه للدين أو المريض مرض الموت وكان دينهما مستغرقا لما لهما كان العقد موقوفا على رفع الغبن أو اجازته من الدائنين والا بطل».

فوفقاً لهذا النص يعتبر التصرف بغبن يسير، الصادر من المدين بدين مستغرق، إذا كان محجوراً عليه، موقوفا على إجازة الدائنين أو رفع الغبن بتكملة الثمن الى القيمة.، فان أجاز الدائنون التصرف أو أكمل المشتري ثمن المثل نفذ البيع في مواجهة الدائنين، والا بطل محافظة على حقوقهم.

وكذلك تصرف المريض مرض الموت بدين مستغرق ولو لم يكن محجوراً عليه، لأن مرض الموت موجب للحجر، ولكنه لا يظهر الا بعد الموت حيث لا يتحقق أنه

---

١. أنظر البدائع جـ٦ ص ٣٠.

٢. تنص المادة ١٦٥ من المجلة على أن «الغبن الفاحش غبن على قدر نصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار أو زيادة».

مرض الموت إلا إذا انتهى فعلا بالوفاة.

١٠٧ ــ **أثر الغبن الفاحش :** تنص المادة ١٤٩ مدني أردني على أنه «لا يفسخ العقد بالغبن الفاحش بلا تغرير إلا في مال المحجور ومال الوقف وأموال الدولة».
وظاهر من هذا النص وهو مأخوذ عن الفقه الاسلامي أن الغبن الفاحش غير المصحوب بالتغرير لا أثر له على العقد الا اذا كان التصرف قد تناول مال المحجور عليه بسبب الصغر أو الجنون أو السفه، أو مال الوقف، أو مال من أموال الدولة (أموال بيت المال)، لأن التصرف في هذه الأموال مقيد بالمصلحة، وليس من المصلحة في شيء التصرف فيها بالغبن الفاحش، وعلى ذلك إذا باع الولي أو الوصي مال الصغير، أو باع ناظر الوقف مال الوقف بحال الاستبدال مثلا، أو باع المأمور المأذون مالا من أموال بيت المال، بغبن يسير صح البيع، أما إذا كان البيع بغبن فاحش فان العقد يكون فاسداً، ولو لم يكن المشتري غاراً.

١٠٨ ــ **أثر اجتماع التغرير مع الغبن الفاحش :** تنص المادة ١٤٥ مدني أردني على أنه «إذا غرر أحد العاقدين بالآخر وتحقق أن العقد تم بغبن فاحش كان لمن غرر به فسخ العقد». ظاهر من هذا النص أنه يجوز فسخ العقد بشرطين وهما تحقق الغبن الفاحش والتغرير من العاقد الآخر.

ولكن لما كان المشرع الاردني قد أنزل التغرير الصادر من الغير منزلة التغرير الصادر من أحد المتعاقدين، بشرط اثبات المغرور أن المتعاقد الآخر كان يعلم وقت التعاقد بهذا التغرير (م ١٤٨)، فان اجتماع الغبن الفاحش مع هذا التغرير يجيز بدوره فسخ العقد.

١٠٩ ــ **سقوط الحق في الفسخ :** تنص المادة ١٥٠ مدني أردني على أنه «يسقط الحق في الفسخ بالتغرير والغبن الفاحش و يلزم العقد بموت من له الحق في الفسخ وبالتصرف في المعقود عليه كله أو بعضه تصرفاً يتضمن الاجازة و بهلاكه عنده واستهلاكه وتعيبه وزيادته».

ظاهر من هذا النص أن المشرع الاردني قد جمع فيه أسبابا مختلفة لسقوط الحق في الفسخ، وهذه الأسباب هي : أولا ــ موت المغرور. ثانيا ــ الاجازة الضمنية. ثالثا ــ عدم إمكان إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد.

١١٠ ــ **موت المغرور :** جعل المشرع الاردني من موت المغرور المغبون غبنا فاحشا سببا لسقوط الحق في طلب الفسخ؛ بمعنى أن هذا الحق لا ينتقل بعد وفاته الى ورثته !!

وهذا الحكم على غرابته ــ لأن الموت لم يكن أبداً سبباً لسقوط الحق ــ قد

يؤدي الى نتيجة أغرب، ذلك أنه إذا كان الطرف المغبون غبنا فاحشا مع التغرير أكثر من واحد، وتوفى أحدهما، بالتالي سقط حقه في الفسخ، فانه سيتعذر على شريكه طلب الفسخ، لاستحالة رد الشيء المعقود عليه بأكمله خاصة إذا كان يضره التبعيض، و بذا يسقط حقه عملا هو الآخر.

والحكم السابق يعتبر حكما استثنأيا لا يجوز التوسع في تطبيقه، ولذا لا ينصرف إلى حالة فسخ العقد للغبن الفاحش بلا تغرير في مال المحجور عليه ومال والوقف وأموال الدولة (م ١٤٩) نظراً لأن التصرف في هذه الأموال مفيد بالمصلحة لدرجة أن المشرع بالنسبة لها أجاز الفسخ ولو لم يكن الغبن الفاحش مصحو با بتغرير؛ هذا الى جانب أن الموت لا يرد على كل حال بالنسبة للوقف أو الدولة.

١١١ ـ **الاجازة الضمنية** : سبق أن ذكرنا أن التعبير عن الارادة قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا. وأن التعبير الضمني يرقى كمبدأ عام الى مرتبة التعبير الصريح، وعلى ذلك فالحق في الفسخ للتغرير والغبن الفاحش كما يسقط بالاجازة الصريحة، فانه يسقط بالاجازة الضمنية المستفادة من التصرف في الشيء محل العقد كله أو بعضه، بشرط أن يكون المجيز عالما وقت التصرف بالعيب اللاحق بالعقد وراغباً في تصحيحه، والا انتفت نية الاجازة، ومثال ذلك بيع الشيء المعقود عليه كله أو بعضه إلى شخص آخر.

١١٢ ـ **عدم إمكان إعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد** : لما كان يترتب على فسخ العقد إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فان الحق في الفسخ يسقط اذا استحال على الطرف المغرور مع الغبن الفاحش إعادة المعقود عليه للطرف الآخر بالحالة التي كان عليها وقت التعاقد، كما إذا هلك الشيء في يد المغرور بقوة قاهرة أو تقصيرية منه؛ أو كما لو قام باستهلاك الشيء إذا كان من المواد التي تستهلك بمجرد الاستعمال مثلا؛ أو اذا تعيب الشيء وهو في يد المغرور بعيب جديد، وأخيراً اذا طرأت زيادة على الشيء المعقود عليه كما في طرح النهر أو بالنتاج بالنسبة للحيوانات.

١١٣ ـ **عدم سقوط الحق في الفسخ بمضي المدة** : لم ينص المشرع الاردني على وجوب استعمال الحق في الفسخ في خلال مدة معينة، وعلى سقوطه إذا سكت صاحبه عن مباشرته خلال هذه المدة، وهو ما يتطلبه الأمن المدني في المعاملات، على عكس المشرع المصري الذي نص على سقوط الحق في إبطال العقد للتدليس بمضي ثلاث سنوات من وقت انكشافه أو بمضي خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد (م ١٤٠ مدني مصري) ضمانا لاستقرار المعاملات.

المطلب الثالث
الغلط

١١٤ ـ **النظرية التقليدية في الغلط**[1] : الغلط وهم يقوم في ذهن العاقد يحمله على اعتقاد غير الواقع. و يفرق الفقهاء في مجال الغلط بين الغلط التلقائي أو الغلط البسيط (L'erreur spontańe our erreur simple) وهو الذي لا يتسبب في قيامه أحد ينزلق إليه الشخص من تلقاء نفسه، وهذا هو الغلط الذي نتكلم عنه؛ و بين الغلط الناشىء عن التدليس (أي التغرير) (l'erreur issue du dol). وقد قسمت النظرية التقليدية في القانون المدني الغلط التلقائي إلى أنواع ثلاثة جعلت لكل نوع منها أثراً على الارادة، و بالتالي على التصرف، يختلف عن أثر النوع الآخر، وهذه الانواع هي :

أولا ـ الغلط المانع أو الحائل (erreur obstacle) وهذا الغلط يقع في ماهية العقد، كمن يؤجر منزله في مقابل أجرة سنو ية قدرها ٣٠٠ دينار، على حين يعتقد الطرف الآخر أنه يبيعه المنزل في مقابل إيراد مرتب قدره ٣٠٠ دينار سنو ياً؛ وإما يقع في ذاتية المحل، كمن يبيع عقاراً معينا والمشتري يتوهم أن العقد يتناول عقاراً آخر؛ وإما يقع في السبب، كوارث يتفق مع الموصى له على قسمة العين الشائعة بينهما ثم يتبين بعد ذلك أن الوصية باطلة.

وفي جميع هذه الصور لا يوجد تطابق بين الارادتين، ولذلك يعتبر الغلط حائلا دون انعقاد العقد، وعلى هذا الأساس يجب استبعاده من دائرة بحثنا التي تقتصر على الغلط المفسد للرضا.

وقد تناول المشرع الاردني الغلط المانع أي الذي يمنع انعقاد العقد في المادة ١٥٢ مدني التي تنص على أنه «إذا وقع الغلط في ماهية العقد أو في شرط من شروط الانعقاد أو في المحل بطل العقد».

وقد عرفت الشريعة الاسلامية الغلط المانع، وذلك حين يقع الغلط في جنس الشيء بأن يكون المعقود عليه من جنس غير الذي اعتقده أحد العاقدين، إذ يكون

---

١. راجع في هذا الموضوع : «جوسران» في الباعث في التصرفات القانونية بند ٣٠ وما بعده ـ «موري» الغلط في المادة في عقود المعاوضة (مجموعة دراسات لتخليد ذكرى «كابيتان» ص ٤٩١ وما بعدها ـ «جورف» في مبدأ حسن النية سنة ١٩٢٨.

المحل معدوماً كمن يشتري ماساً فاذا هو زجاج(1)؛ وأيضاً حين يتحد الجنس ولكن يتفاحش التفاوت في المنفعة، بأن يكون التفاوت بين حقيقة المعقود عليه وما أراده العاقد فاحشا كمن يشتري داراً على أنها من الآجر فاذا هي من اللبن. واخيراً إذا وقع الغلط في سبب التعهد كتنفيذ وارث لوصية باطلة كما سبق أن ذكرنا.

ثانيا ـ الغلط المعيب للرضا: وهو الذي يستتبع قابلية العقد للأبطال كما يقضي فقه القوانين الغربية وما سار على منوالها من قوانين البلاد العربية كالتقنين المدني المصري (م ١٢٠ مدني).

والغلط المعيب للرضا لا يمنع في الشريعة الاسلامية من انعقاد العقد، فيكون العقد صحيحا نافذاً ولكنه غير لازم، حيث يكون للعاقد خيار الفسخ، إن شاء فسخ العقد وإن شاء أمضاه(2). وذلك حين يتحد الجنس ولكن تتفاوت المنفعة دون تفاحش في التفاوت، فيقتصر الأمر على فوات وصف مرغوب فيه، كمن يبيع ياقوت أحمر فاذا هو أصفر، أو يقع غلط في ذاتية الشخص أو صفة جوهرية فيه اذا كانت هذه أو تلك محل اعتبار في العقد.

فالغلط هنا يعيب الارادة ولكن لا يمس وجودها، فهو لا يمنع من وجود العقد صحيحا، وإنما يكون من شأنه فحسب أن يجعل العقد موقوفاً على إجازة العاقد؛ والى هذا النوع من الغلط أشارت المادة ١٥٣ مدني أردني، كما سنذكر فيما بعد.

ثالثاً ـ الغلط غير المؤثر: أي الذي لا أثر له على صحة العقد ولا يفسد الرضا، وهذا الغلط يكون في حالات معينة هي: الغلط في صفة غير جوهرية في الشيء محل الالتزام، والغلط في شخص المتعاقد إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار في العقد، والغلط في قيمة الشيء المعقود عليه، والغلط في الباعث على التعاقد.

١١٥ ـ **معيار الغلط:** تقوم النظرية الحديثة في الغلط على الاخذ بمعيار شخصي أو ذاتي، قوامه تقدير المتعاقد لأمر معين يكون هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد، سواء أنصب الغلط على صفة جوهرية في الشيء أو ذات المتعاقد أو صفة فيه اذا كانت هذه أو تلك محل اعتبار، أو قيمة الشيء أو الباعث على التعاقد. وتعد هذه الشمولية مرحلة تقدمية بالنسبة إلى المراحل السابقة التي مرت بها فكرة الغلط(3). وإن كان

---

1. القاعدة عند فقهاء الشريعة الاسلامية أنه اذا اجتمع في المعقود عليه التعيين بالاشارة والتعيين بالاسم والوصف، واختلف جنس المشار اليه عن الجنس المعين بالاسم كانت العبرة فيه بالمعين باسمه ووصفه فيكون هو المعقود عليه.
2. يعتبر العقد في الشريعة الاسلامية في هذه الحالة صحيحا لأنه صدر من أهله في محله، أما عدم لزومه فلفوات الرضا.
3. راجع كتابنا في مصادر الالتزام بند ٩٠، طبعة سنة ١٩٨٣.

الفقه الاسلامي لا يعرض للغلط في القيمة إلا عن طريق الغبن كما سبق أن رأينا.

أي أنه وفقاً للنظرية الحديثة لا يعيب الغلط الرضا إلا إذا كان جوهريا، أي إذا بلغ حداً من الجسامة يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط سواء في ذلك وقع الغلط في الشيء أم في الشخص أم في غير ذلك.

وفكرة الغلط الجوهري بهذا المعنى وهذه الشمولية ليست سوى تحديداً دقيقا للمعيار الذي يأخذ به الفقه الاسلامي وهو فوات الوصف المرغوب فيه في ضوء ما تدل عليه الارادة الصريحة في العقد أو الملابسات وظروف الحال أو طبائع الأشياء أو العرف، والى هذا أشارت المادتان ١٥١ و١٥٣ من القانون المدني الاردني؛ إذ نصت المادة ١٥٣ على أن «للعاقد فسخ العقد اذا وقع منه غلط في أمر مرغوب كصفة في المحل أو ذات المتعاقد الآخر أو صفة فيه». كما نصت المادة ١٥١ على أنه «لا يعتبر الغلط إلا فيما تضمنته صيغة العقد أو دلت عليه الملابسات وظروف الحال أو طبائع الأشياء أو العرف».

١١٦ ـ **نطاق الغلط الجوهري وصوره:** سبق أن ذكرنا أنه يخرج من منطقة الغلط المعيب للارادة ما يسمى بالغلط المانع أو الحائل، أي الذي يحول دون انعقاد العقد أي يبطله (م ١٥٢ مدني أردني). كذلك يخرج من هذا النطاق الغلط غير المؤثر كالغلط في صفة غير جوهرية في الشيء محل الالتزام على ما سبق أن رأينا.

وإذا حددنا الغلط على هذا النحو، وأخذنا بالمعيار الشخصي في الغلط، فلا يعتبر غلطا معيبا للارادة الا الغلط الجوهري أو كما يعرف في الفقه الاسلامي «فوات الوصف المرغوب فيه»، سواء وقع هذا الغلط في الشيء أم في الشخص (أم في القيمة أم في الباعث في القانون المدني المصري).

١١٧ ـ **الغلط في صفة جوهرية في الشيء:** الغلط في صفة جوهرية في الشيء محل العقد يجيز للعاقد فسخ العقد (م ١٥٣ مدني أردني)، لأن الغلط في هذه الصفة كان هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد، كشراء قطعة أرض لبناء مصنع، فيتبين أن جهة الادارة تحرم هذا النوع من الاستغلال في منطقة المبيع، أو شراء قطعة أرض على أنها متصلة بالطريق العام، فيتضح أنها محصورة من جميع الجهات، أو شراء تحفة على أنها أثرية فيتضح أنها حديثة الصنع أو شراء سيارة على أنها جديدة فيتبين أنها مستعملة ولكن لا يعتبر غلطاً في صفة جوهرية اعتقاد المشتري أن الطريق الذي يتصل بالأرض المبيعة طريق عام فيتبين أنه طريق خاص.

١١٨ ـ **الغلط في شخص المتعاقد:** يجوز للعاقد فسخ العقد إذا وقع غلط في شخص المتعاقد الآخر، إذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد، سواء في ذلك تناول

الغلط ذات المتعاقد أو صفة من صفاته إذا كانت تلك الذات أو هذه الصفة هي الدافع الرئيسي إلى التعاقد (م ١٥٣ مدني اردني).

وذات المتعاقدِ تكون بوجه عام محل اعتبار في العقد اذا كان من عقود التبرع؛ أما إذا كان من عقود المعاوضة، فلا تكون محل اعتبار إلا على سبيل الاستثناء، ففي البيع مثلا لا يؤثر الغلط في شخص المتعاقد على صحة البيع ونفاذه، لأنه إذا أراد البائع التصرف في شيء يملكه، فيستوي لديه أن يبيع لشخص أو لآخر، بعكس الحال في المزارعة أو الشركة، إذ ذات المزارع أو الشريك محل اعتبار فيهما.

كذلك يؤثر الغلط في صفة المتعاقد على حق العاقد في فسخ العقد، فيثبت له هذا الحق اذا وقع في غلط في صفة جوهرية مرغوبة في المتعاقد الآخر، كأن يؤجر شخص منزله لامرأة على أنها طاهرة السمعة، فيتبين أنها تحترف الدعارة، فيجوز له فسخ العقد ولو لم تباشر مهنتها في المنزل، أو أن يعهد شخص الى مهندس زراعي بالاشراف على زراعته، فيتضح أنه لا يحمل شهادة فنية وأنه غير كفء في عمله.

وبالعكس لا يعتبر غلطاً يجيز فسخ العقد، الا يكون اسم المهندس المعماري الذي تعاقد معه رب العمل غير مدرج في نقابة المهن الهندسية، ما دام هذا المهندس يحمل المؤهل العلمي ومصرحا له بمزاولة المهنة. وجميع هذه الأمثلة مستقاة من قضاء المحاكم في مصر.

١١٩ ــ حالات الغلط الذي لا يعيب الارادة في القانون الاردني: هناك حالات من الغلط تعيب الارادة في القانون المصري(١)، ولكن ليس له أثر على الرضا في القانون الاردني، وهذه هي حالة الغلط في قيمة الشيء والغلط في الباعث، بالاضافة بطبيعة الحال إلى انغلط في صفة عرضية أو ثانوية للشيء أو للشخص، لأنه ينصرف في هذه الحالة الى صفة غير جوهرية.

أولا ــ الغلط في قيمة الشي، والمقصود هو مجرد الغلط في تقدير قيمة الشيء، لأن الغلط في القيمة يعني أن المتعاقد قد أصابه غبن، والقانون الاردني أخذاً منه بأحكام الشريعة الاسلامية لا يعرض للغلط في القيمة إلا في حالة الغبن، وقد سبق أن رأينا أن الغبن لا يعتد به كقاعدة عامة الا اذا كان فاحشا وصاحبه تغرير أو تدليس.

غير أنه يلاحظ أن الغلط في القيمة إذا كان راجعا إلى غلط في صفة جوهرية في الشيء أي إلى وصف مرغوب فيه فانه يجوز فسخ العقد على أساس الغلط في

---

١. راجع كتابنا السابق الذكر بند ٩٤ و٩٥

الصفة الجوهرية، كأن يبيع شخص لوحة من رسم فنان قديم مشهور وهو يجهل ذلك بثمن لا يتناسب قط مع قيمتها.

ثانيا ـ الغلط في الباعث، والمقصود هو الباعث الدافع إلى التعاقد دون أن يكون متصلا بصفة جوهرية في الشخص أو الشيء، كأن يستأجر موظف بيتا في مدينة لاعتقاده أنه نقل اليها، ثم يتبين أنه لم ينقل، أو أن يبيع شخص عقاراً وهو مريض بثمن يقل كثيراً عن قيمته، اعتقاداً منه وقت البيع أنه في مرض الموت، فاذا شفي فلا يستطيع الطعن في هذا البيع بدعوى أنه صدر منه في مرض الموت، لأنه يشترط لاعتبار المرض مرض موت أن ينتهي فعلا بالوفاة(١).

١٢٠ ـ **الغلط في القانون** : تنص المادة ١٥٤ مدني أردني على أن «للعاقد فسخ العقد اذا وقع منه غلط في القانون وتوافرت شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين (١٥١ و١٥٣) ما لم يقض القانون بغيره»، (٢). ومعنى هذا النص أن الغلط في القانون إذا كان جوهريا، وتناول قاعدة قانونية لا تتصل بالنظام العام، فيجوز للعاقد التمسك به لفسخ العقد إلا إذا نص المشرع على عكس ذلك، كما هو الأمر بالنسبة للصلح (م ٥٥٦ مدني مصري) والاقرار القضائي(٣).

ومن أمثلة الغلط في القانون الذي يبيح فسخ العقد، أن يتعهد شخص بالوفاء بدين طبيعي لا عتقاده أنه دين مدني يتعين الوفاء به، ثم يتضح أنه دين طبيعي لا جبر في تنفيذه، أو يبيع شخص نصيبه في التركة معتقداً أنه الربع في حين أنه يرث الثلث.

أما الغلط في القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام فلا يعتد به لأن الأصل أن الجهل بالقانون لا يصلح عذراً.

١٢١ ـ **الغلط في الحساب أو الكتابة** : تنص المادة ١٥٥ مدني أردني أنه «لا يؤثر في العقد مجرد الغلط في الحساب أو في الكتابة وإنما يجب تصحيحه» (٤). يواجه هذا النص حكم الغلط المادي كالخطأ في الكتابة أو الأرقام أو الحساب، وهو غلط مادي لا يؤثر في العقد و يتعين تصحيحه، و يسري هذا الحكم على العقود بوجه عام وعلى

---

١. للبيع في مرض الموت شروط تناولتها المادة ٥٤٣ وما بعدها من القانون المدني الأردني.

٢. تقابل المادة ١٢٢ من التقنين المدني المصري.

٣. راجع المادة ٢/٥٠ من قانون البينات اذ يفهم منه أن الغلط في القانون لا أثر له على العقد في حالة الاقرار القضائي.

٤. تقابل المادة ١٢٣ من التقنين المدني المصري.

عقد الصلح بوجه خاص(١).

١٢٢ ــ التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية: تنص المادة ١٥٦ مدني أردني على أنه «١ ــ ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية. ٢ ــ و يبقى ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد».

هذا النص مأخوذ عن المادة ١٢٤ من التقنين المدني المصري، و يمكن أن يقال في تعليل الحكم الوارد به أنه إذا كان لمن وقع في غلط جوهري أن يطلب فسخ العقد لأنه ما كان ليتعاقد لو تبين وجه الأمور وقدرها تقديراً معقولا؛ وهذه علة تقرير الحق في طلب فسخ العقد، وهي بذاتها مرجع حدوده؛ فمتى كان من المؤكد أن المتعاقد قد قصد إبرام العقد، فمن الواجب أن يلتزم بهذا العقد بغض النظر عن الغلط، ما دام أن الطرف الآخر قد أظهر استعداده لتنفيذه. وعلى ذلك يظل من يشتري شيئاً، معتقداً غلطاً أن له قيمة أثرية، مرتبطاً بعقد البيع، إذا عرض البائع استعداده لأن يسلمه نفس الشيء الذي انصرفت نيته الى شرائه.

---

١. المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني جـ١ ص ١٥١.

وراجع تمييز حقوق في ٧/١١/١٩٨١ وقد جاء في القرار «أن الفقرة السادسة من المادة ١٦) من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم (٤٠) لسنة ١٩٥٢ قد أناطت بمدير الأراضي صلاحية تصحيح الخطأ الواقع في قيد من قيود التسجيل في حالة واحدة وهي أن يكون الخطأ ناشئا عن سهو كتابي أو سهو في المساحة....» (مجلة نقابة المحامين ١٩٨١ س ٣٠ عـ٤ ــ٧ رقم ٤٨٧/ ٨١ ص ٥٢٥).

الفرع الثاني
المحل (الموضوع)

١٢٣ ـ **تعريف المحل وشروطه**(١): المحل (l'objet) ركن في الالتزام كما هو ركن في العقد. وقد اختلف الفقهاء في تحديد ماهية المحل. فمنهم من يعتبره ركن في الالتزام، ومنهم من يعتبره من عناصر الارادة. وهذا الرأي الأخير رغم صحته لا ينهي الخلاف، لأن المحل أيا كان وضعه يعتبر من عناصر الارادة، لأن الارادة التي يعتد بها القانون هي التي تتجه إلى التعاقد وهي على بينة من المحل.

الصحيح ما يراه فريق من الفقهاء من أن لكل من الالتزام والعقد محل، وأن كلا من المحلين يتميز عن الآخر، وهذا هو الرأي الذي أخذ به قانون الموجبات والعقود اللبناني كما يستفاد من صريح نص المادة ١٨٦ التي تقرر «إن الموضوع الحقيقي لكل عقد هو إنشاء الموجبات، على أن هذا الغرض لا ينال الا اذا كان للموجبات نفسها مواضيع توافرت فيها بعض الصفات» فهذا النص يميز تمييزاً واضحاً بين محل الالتزام ومحل العقد.

ومحل الالتزام هو ما يتعهد به المدين. وعادة يقال أن محل الالتزام إما إعطاء شيء (obligation de donner) كنقل ملكية شيء أو ترتيب حق عيني على شيء كرهن؛ وإما القيام بعمل (obligation de faire) كالتزام مقاول ببناء منزل؛ وإما الامتناع عن عمل (obligation dene pas faire) كالتزام بائع المتجر بالامتناع عن مزاولة نفس التجارة في الجهة الكائن فيها المتجر المبيع.

أما محل العقد فهو العملية القانونية التي يراد تحقيقها من وراء العقد. و يخضع محل العقد لأحكام مغايرة لتلك التي يخضع لها محل الالتزام، والدليل على ذلك أن محل الالتزام قد يكون صحيحاً في ذاته ولكن العقد قد يقع باطلا، لأن العملية القانونية التي يرمي إليها يحرمها القانون كما في تحريم التعامل في تركة مستقبلة لشخص على قيد الحياة (م ١٦٠/٢ مدني أردني).

ومحل العقد لا يتطلب فيه إلا شرطا واحداً، هو أن يكون مشروعا أي غير مخالف للنظام العام والآداب، ولذا سينصرف كلامنا أصلا الى دراسة محل الالتزام، ونقصد بذلك الالتزام الارادي، لأن الشروط الواجب توافرها في المحل لا تظهر أهميتها الا بالنسبة له، لأنه في الالتزام غير الارادي يتولى القانون تعيين المحل.

---

١. راجع: بلانيول وريبير واسمان جـ٦ بند ٢١٨ وما بعده ـ «ديموج» في الالتزامات جـ٢ بند ٧٤٣ وما بعده.

ومحل الالتزام سواء كان عملا أو امتناعا عن عمل أو إعطاء شيء يجب أن تتوافر فيه شروط معينة نص عليها المشرع الاردني في المواد ١٥٧ الى ١٦٣، كما جاء في المادة ٨٨ ببيان لما يمكن أن يرد عليه العقد.

و يخلص من هذه النصوص أنه يجب أن يتوافر في المحل ثلاثة شروط هي :

أولا ــ أن يكون موجوداً أو ممكنا.
ثانيا ــ أن يكون معيناً أو قابلا للتعيين.
ثالثا ــ أن يكون قابلا للتعامل فيه أي أن يكون مشروعا.

هذا و يلاحظ أنه يتعين علينا قبل دراسة هذه الشروط أن نشير إلى أن المشرع الاردني ــ دون ما سبب مفهوم ــ ختم تنظيمه لأحكام المحل، بالكلام في بعض الشروط التي قد يقترن بها العقد، بالرغم من انعدام الصلة بين الموضوعين؛ فنص في المادة ١٦٤ مدني على أنه «١ ــ يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو جرى به العرف والعادة. ٢ ــ كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير ما لم يمنعه الشارع أو يخالف النظام العام أو الآداب، والا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً».

وظاهر من هذه المادة التي تأثر المشرع الأردني في صياغتها بالفقه الاسلامي، أن المتعاقدين قد يشترطا شرطاً يقتضيه العقد كاشتراط تسليم المبيع، ومثل هذا الشرط يعتبر وجوده كعدمه، لأنه لا يفيد حكما ولا يؤثر في العقد؛ وقد يشترطا شرطاً لا يقتضيه العقد، ولكنه يلائمه و يوافقه كأن يشترط البائع في عقد البيع أن يعطيه المشتري كفيلا بالثمن، ومثل هذا الشرط جائز لأن الكفالة (وكذا الرهن) شرعت لضمان حصول الدائن على حقه، وقد يشترطا شرطاً لا يقتضيه العقد ولا يلائمه غير أنه جرى به العرف والعادة، كالشروط التي يجري بها العرف التجاري، من ذلك ما جرى به هذا العرف من أن ملكية المبيع لا تنتقل الى المشتري الا عند دفع الثمن وتسليم المبيع.

وجميع الشروط السابقة لم يكن المشرع الاردني في حاجة الى التعرض لها أو التذكير بها، لأن في القواعد القانونية العامة ما يغني عن ذلك، لذا يعتبر ذكره لها من قبيل التزيد !!

وأخيراً قد يشترط المتعاقدان شرطا لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولم يتعارفه الناس، ولكن فيه نفع لأحد العاقدين أو الغير، وهذا الشرط جائز ما لم يحرمه الشارع أو يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب، فان كان الشرط كذلك أي كان غير مشروع، فانه يكون لغواً والعقد صحيحا والالتزام منجزا، ما لم يكن مثل هذا الشرط

هـو الـدافـع إلى الـتـعاقد، فيؤدي بطلانه الى بطلان العقد ايضا. وقد جرى القضاء في فـرنسـا عـلى أن هبة الزوج لزوجته مالا على ألا تتزوج بعد وفاته يعتبر شرطاً مشروعاً أو غـيـر مـشـروع بـحـسـب الـبـاعث عليه، فان كان الباعث عليه مشروعا كان الشرط و بـالـتـالي الـعـقـد صحيحا، كما لو كان الباعث عليه هو رغبة الزوج في ضمان رعاية أطفـالـه الـصـغـار؛ أمـا إذا كان الباعث عليه غير مشروع كالغيرة العمياء من جانب الـزوج، كـان الـشـرط بـاطـلا. هذه مع ملاحظة أن بحث أثر مثل هذا الشرط الذي قد يـقـتـرن بـه الـعـقـد مكانه الطبيعي هو عند الكلام في الشرط بصفة عامة كوصف من أوصاف الالتزام.

هذا ونعود بعد هذه الملاحظة التي اضطررنا إليها، إلى بحث موضوعنا الأصلي، وهـو الـشـروط الـواجـب تـوافـرهـا في مـحـل الالـتـزام، وهي كما سبق أن ذكرنا شروط ثـلاثـة : ١ ـ أن يـكـون المـحـل مـوجوداً أو ممكنا. ٢ ـ أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين. ٣ ـ أن يكون المحل قابلا للتعامل فيه أي أن يكون مشروعا.

المبحث الأول
أن يكون المحل موجوداً أو ممكنا

١٢٤ ـ **الـوجـود والامـكـان :** اذا كـان مـحـل الالـتـزام إعطاء شيء فيشترط فيه أن يـكـون مـوجـوداً أو مـحـتمل الوجود وفقا لقصد المتعاقدين، لأن المتعاقدين قد يقصدا التعامل في شيء موجود وقت التعاقد، وقد يقصدا التعامل في شيء محتمل الوجود.

وإذا كـان مـحـل الالـتـزام عـمـلا أو امتناعا عن عمل فيجب أن يكون ممكنا؛ والـتـفرقة بين نوعي الالتزام على هذا النحو، ليست في الواقع إلا تفرقة مدرسية، لأن مـحـل الالـتـزام إذا لم يكن موجوداً أو محتمل الوجود كان مستحيلا. وعلى هذا نصت المـادة ١٥٩ مـدنـي أردنـي بقولها «إذا كان المحل مستحيلا في ذاته وقت العقد كان العقد باطلا»(١).

---

١. تقابل المادة ١٣٢ من التقنين المدني المصري.

المطلب الأول
المحل موجود أو محتمل الوجود

١٢٥ ـ **المحل موجود:** إذا قصد المتعاقدان التعامل في شيء موجود فعلا وقت التعاقد ثم ظهر أنه غير موجود، كما لو باع وارث نصيبة في تركة، ثم تبين أنه ليس بوارث، فان الالتزام لا يقوم(١). والحكم السابق من عدم قيام الالتزام إذا لم يكن الشيء موجوداً وقت التعاقد، يؤخذ به كذلك اذا كان الشيء موجوداً ولكن هلك قبل نشوء الالتزام سواء في ذلك كان الهلاك ماديا كمنزل احترق أو جواد ونفق؛ أم كان الهلاك قانونيا كرخصة سبق أن الغيت أو حق انتفاع انقضى بانتهاء مدته؛ والى هذا أشارت المادة ١٥٧ مدني أردني بقولها «يجب أن يكون لكل عقد محل يضاف اليه».

وعدم قيام الالتزام التعاقدي لا يمنع الطرف الذي أصابه ضرر من جراء ذلك من الرجوع على الطرف الآخر كالبائع بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، إذا كان هذا الطرف (أي البائع) يعلم وحده وقت التعاقد بعدم وجود المحل أو بهلاكه السابق أو كان من الممكن أن يعلم به وثبت أهماله.

١٢٦ ـ **المحل محتمل الوجود:** قد يقع التعاقد على شيء موجود فعلا وقت العقد في قصد المتعاقدين، وقد يقع على شيء محتمل الوجود أي على شيء مستقبل، وعلى هذا نصت المادة ١/١٦٠ مدني أردني بقولها «يجوز أن يكون محلا للمعاوضات المالية الشيء المستقبل اذا انتفى الغرر». والمقصود بالغرر عدم القدرة على التسليم؛ وقد قصر المشرع الاردني انتفاء الغرر على عقود المعاوضات، أما التبرعات فلا يشترط فيها انتفاء الغرر، والعلة في ذلك واضحة لأنه لها ضرر على المتبرع له من الغرر لأنه

---

١. يذهب الفقه الاسلامي الى بطلان بيع المعدوم.

لم يبذل شيئاً يخشى ضياعه من جراء الغرر[1].

والأمثلة على التعامل في الأشياء المستقبلة كثيرة منها: بيع صاحب المصنع كمية معينة من منتجات مصنعه قبل أن يبدأ في صنعها، وبيع المالك منزله قبل بنائه.

غير أنه يرد على قاعدة جواز التعامل في الأشياء المستقبلة بعض الاستثناءات، من ذلك عدم جواز هبة المال المستقبل (م ٥٦٣ مدني أردني) وعدم جواز التعامل في التركة المسقبلة (م ٢/١٦٠ مدني أردني).

---

١. يلاحظ أن النهي عن بيع المعدوم في الفقه الاسلامي إنما هو للغرر لا للعدم، فاذا كان التعامل في الشيء المستقبل احتمالياً جزافاً، فانه يكون باطلا لما فيه من الغبن والغرر. أما إذا كان التعامل غير جزاف، بحيث لا يدفع المشتري من الثمن إلا بمقدار ما يأخذ من المبيع يكون هناك غبن ولا غرر، ومن ثم يصلح التعامل، و يتحقق ذلك إذا عين الشيء تعييناً نافياً للجهالة والغرر (المرحوم عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق الذكر، جـ٣، ص ٥٧ و ٥٨).

كذلك يلاحظ أن فقهاء الشرع الاسلامي وان كانوا يرون أن بيع الأشياء المستقبلة باطل لأنه بيع لشيء معدوم، إلا أنهم استثنوا من ذلك الحكم السلم؛ وفرعوا عل هذه القاعدة أنه لا يصلح بيع الزرع قبل نباته ولا بيع الثمر قبل ظهوره ولا بيع الحمل، لما في هذه البيوع من معنى المجازفة والمخاطرة، غير أن ما تتلاحق أفراده وتبرز شيئاً فشيئاً كالفواكه والأزهار والخضروات، إن كان قد ظهر أكثرها، فيجوز بيع ما سيبرز منها مع ما برز صفقة واحدة، لأن هذه المحصولات لا تظهر دفعة واحدة، وقد أشارت الى هذه الأحكام المواد ٣٠٤، و ٣٨٣ و ٣٨٧ من مرشد الحيران (راجع كتاب المؤلف العقود المسماة «شرح عقدي البيع والمقايضة» سنة ١٩٧٣ بند ٨٢ ص ٩٨). هذا و يراجع في شأن بيع السلم المواد ٥٣٢ الى ٥٣٨ من القانون المدني الأردني.

١٢٧ ـ **التعامل في تركة مستقبلة**: تستثنى التشريعات المختلفة من إباحة التعامل في الأشياء المستقبلة حالة التركة المستقبلة إذ تحظر التعامل فيها. ومصدر هذا الحظر في التشريعات الغربية وما نقل عنها هو القانون الروماني، فقد كان هذا القانون يحرم ضروب التعامل في التركات المستقبلة لما فيها مخالفة للآداب، ولما تحمله من معنى المضاربة على حياة صاحب التركة؛ إلا أن هذا القانون أتى باستثناء لهذا الحظر فأباح التعامل بالتركة المستقبلة إذا تم هذا برضاء المورث.

وقد انتقلت هذه المبادىء إلى القانون الفرنسي القديم وإن اختلف في تطبيقها، فأخذت بعض المحاكم بقاعدة الحظر وما تتضمنه من أستثناء، وأخذ البعض الآخر منها بالقاعدة على إطلاقها فحرم التعامل في التركة المستقبلة ولو تم برضا صاحبها. وعند وضع قانون نابليون، فضل واضعوا المجموعة المدنية اتباع الرأي الثاني الذي يأخذ بالحظر على إطلاقه.

ومنعا لكل غموض أتى كل من المشرعين المصري (م ٢/١٣١ مدني) والأردني بنص عام حرما فيه كافة أنواع التعامل في التركات المستقبلة، فنصت المادة ١٦٠ في فقرتها الثانية من القانون المدني الأردني على أنه «غير أنه لا يجوز التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو كان ذلك برضاه إلا في الأحوال التي نص عليها القانون»؛ ومثال الأحوال التي أباح فيها القانون التعامل في التركة المستقبلة الوصية والوقف.

١٢٨ ـ **صور التصرف في التركة المستقبلة**: التصرف في التركة المستقبلة قد يصدر من الوارث كما قد يصدر من المورث، وفي الحالتين يقع باطلا فلا تلحقه الاجازة، و يجوز لكل ذي مصلحة التمسك به، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها (م ٢/١٦٨ مدني أردني)[١]

١. تقابل المادة ١/١٤١ من التقنين المدني المصري.

١٢٩ ـ **التصرف الصادر من الوارث :** قد يصدر التصرف من وارث أو من موصى له لوارث أو لموصى له آخر أو لأجنبي عن التركة، وهذا التصرف قد يرد على جميع التركة أو على جزء شائع فيها أو على عين ملحوظ فيها أنها داخلة ضمن أموال التركة، وفي جميع هذه الحالات يقع التصرف باطلا، وحكمة البطلان أن هذا التصرف مخالف للآداب العامة، لأنه يتضمن معنى المضاربة على حياة المورث، فضلا عما يؤدي إليه من وقوع الشبان في براثن المرابين.

ولكن إذا وقع التصرف على عين من الأعيان المملوكة للمورث وكان المشتري يعتقد أنها مملوكة للوارث البائع، فان هذا التصرف يأخذ حكم بيع ملك الغير فلا يسري في حق مالك العين و يكون للمشتري طلب فسخ العقد (م ٥٥٠ مدني أردني)(١)، بخلاف ما لو كان المشتري يعلم أنها مملوكة للمورث واشتراها على أن تسلم إليه بعد وفاته، فان البيع يقع باطلا لأنه تعامل في تركة مستقبلة.

كذلك يعتبر تعاملا في تركة مستقبلة التصرف الذي لا يعين فيه الوارث المحتمل تركة بالذات، بل يبيع حقوقه في أية تركة تؤول اليه.

والتصرف الصادر من الوارث يقع باطلا ولو تم برضاء المورث، وقد قيل في تعليل هذا الحكم أن التصرف سيضر حتماً بمصلحة الوارث المتصرف سواء تم التصرف بين ورثة أو بين وارث واجنبي، وأن رضاء المورث لا يعتبر ضماناً كافياً على أن حقوق الوارث المتصرف قد روعيت، لأن المورث لا يتدخل عادة إلا في التصرفات التي تقع بين الورثة، و يكون المقصود من تدخله محاباة أحد الورثة على حساب وارث آخر وهو ما لا يقره القانون.

١ ـ **التصرف الصادر من المورث :** قد يصدر التصرف في التركة من المورث نفسه؛ وهو أيضاً باطل والحكمة من بطلان التصرف الصادر من المورث في تركته ترجع الى أن هذا التصرف سيخل بأحكام الميراث، وأحكام الميراث من النظام العام، فلا يجوز الخروج عليها إلا عن طريق الوصية وفي الحدود التي رسمها القانون، والوصية كما نعلم على عكس التصرفات الاخرى لا تقيد الموصي إذ له الرجوع فيها حتى وفاته، وهو ما يحرص عليه القانون.

و يعتبر من قبيل التصرف في التركة أن يبيع شخص كل أمواله الحاضرة والمستقبلة، لأن حصر جميع المبيع لن يكون الا عند وفاته فيعتبر تركة.

---

١. بيع ملك الغير يقع باطلا بطلانا نسبيا في القانون المصري (راجع في هذا الموضوع كتابنا في العقود المسماة «شرح عقدي البيع والمقايضة»).

المطلب الثاني
المحل ممكن

١٣١ ـ **معنى الاستحالة :** ذكرنا فيما تقدم أنه إذا كان محل الالتزام إعطاء شيء فيجب أن يكون هذا الشيء موجوداً أو محتمل الوجود؛ وأنه إذا كان محل الالتزام القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، فيجب أن يكون ممكناً.

والامكان تقابلة الاستحالة، فاذا كان المحل مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا، لان القاعدة لا التزام بمستحيل(à l'impossible nul est tenu) والمقصود بالاستحالة هنا هي الاستحالة المطلقة أي الموضوعية لا الاستحالة النسبية أي الشخصية، وعلى هذا نصت المادة ١٥٩ من القانون المدني الأردني بقولها «اذا كان المحل مستحيلا في ذاته وقت التعاقد كان العقد باطلا».

والاستحالة كما ذكرت المادة السابقة تكون مطلقة إذا كان موضوع الالتزام مستحيلا في ذاته، وتكون نسبية اذا كان موضوع الالتزام مستحيلا على بعض الأشخاص دون البعض الآخر.

والاستحالة المطلقة إذا كانت سابقة على التعاقد ترتب عليها عدم قيام الالتزام وبطلان العقد؛ واذا كانت لاحقة لانعقاد العقد، فان الالتزام يقوم لأنه كان ممكناً وقت تمام العقد، ولكنه ينقضي بسبب الاستحالة الطارئة بعد نشوئه (والتي قد تكون من قبيل القوة القاهرة) و ينفسخ العقد إذا كان من العقود الملزمة للجانبين.

أما الاستحالة النسبية وهي التي يكون فيها الالتزام مستحيلا على المدين وليس مستحيلا على غيره ـ بأن كان يتطلب كفاية أو مقدرة خاصة ليست متوافرة في المدين ـ فلا أثر لها على انعقاد العقد ونشوء الالتزام، سواء في ذلك كانت هذه الاستحالة سابقة على انعقاد العقد أم لاحقة له. ولكن لما كان الالتزام بحسب الفرض مستحيلا على المدين فلا يكون أمام الدائن إلا المطالبة بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا ممكنا، أو المطالبة بالتعويض أي التنفيذ بمقابل، أو المطالبة بفسخ العقد مع التعويض إن كان ثمة محل لذلك.

١٣٢ ـ **الاستحالة الطبيعية والاستحالة القانونية :** قد تكون الاستحالة المطلقة طبيعية أي ترجع الى طبيعة الالتزام، وقد تكون قانونية أي ترجع إلى سبب في القانون، ومن أمثلة الاستحالة الطبيعية التعهد بتحصيل نتيجة سبق تحصيلها، أو

الالـتزام بالامتناع عن عمل سبق وقوعه. ومن أمثلة الاستحالة القانونية تعهد محام برفع استئناف عن قضية بعد انقضاء ميعاد الاستئناف.

والاستحالة المطلقة سواء أكانت قانونية أو طبيعية يترتب عليها، كما سبق أن ذكرنا، عدم قيام الالتزام و بطلان العقد إذا كانت هذه الاستحالة سابقة أو معاصرة للتعاقد؛ و يترتب عليها إنقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه إذا كانت لاحقة لتمام التعاقد.

المبحث الثاني
أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين

١٣٣ ــ **النصوص القانونية**: تنص المادة ١٦١ من القانون المدني الأردني على أنه «١ ــ يشترط في عقود المعاوضات المالية أن يكون المحل معينا تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة بالاشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت العقد أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة. ٢ ــ واذا كان المحل معلوما للمتعاقدين فلا حاجة الى وصفه وتعريفه بوجه آخر. ٣ ــ فاذا لم يعين المحل على النحو المتقدم كان العقد باطلا».(١)

وتنص المادة ١٦٢ على أنه «إذا كان محل التصرف أو مقابله نقوداً لزم بيان قدر عددها المذكور في التصرف دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر»(٢).

---

١. تقابل المادة ١٣٢ من التقنين المدني المصري.

٢. تقابل المادة ١٣٤ مدني مصري.

المطلب الاول
كيفية تعيين المحل

١٢٤ ـ **تعيين المحل في الالتزام باعطاء:** إذا كان محل الالتزام إعطاء شيء أي نقل حق عيني على شيء، وجب أن يكون هذا الشيء معينا أو قابلا للتعيين؛ وكيفية تعيين الشيء تختلف باختلاف ما إذا كان من القيميات أم من المثليات.

فاذا كان الشيء من القيميات أي من الأشياء المعينة بالذات، فيجب تعيينه تعييناً يميزه عن غيره، وطريقة التعيين تتوقف على طبيعة الشيء، فالاراضي الزراعية تعين بموقعها وحدودها ومساحتها وأحواضها، والدار بموقعها ومساحتها ومشتملاتها، والجواد بجنسه وسنه ولونه ومميزاته، وهكذا.

ولا يمنع من اعتبار الشيء معينا تعييناً كافياً وقوع خطأ مادي عند ذكر حدوده في المحرر المثبت للتعاقد، كما لو ذكر حد مكان آخر.

واذا كان الشيء من المثليات أي من غير الأشياء المعينة بالذات، فيجب تعيينه بجنسه ونوعه ومقداره مثال ذلك أن أبيع منك مائة أردب من الارز الياباني أو الفلبيني.

واذا لم تذكر في العقد بجانب أوصاف الشيء درجة جودته، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من ظروف التعاقد التزم المدين كالبائع مثلا بتسليم شيء من الصنف المتوسط؛ بمعنى أنه لا يلزم بتسليم شيء من أجود صنف؛ كما لا يجوز له تسليم شيء من أردأ صنف(١).

واذا لم يحدد في العقد مقدار الشيء من حيث العدد أو الوزن أو المقاس أو الكيل، فيجب على الأقل أن يتضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره؛ كما لو باع شخص لآخر السماد اللازم لتسميد عشرة دونم، أو الأغذية اللازمة لاطعام مدرسة في مدة محددة، لأن مقدار المبيع وان لم يكن محدداً في العقد فهو قابل للتحديد.

هذا و يلاحظ أن المادة ١/١٦١ من القانون المدني الأردني ذكرت من طرق تعيين المحل الاشارة إليه إن كان موجوداً في مجلس العقد أو إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت العقد كمخزن البائع مثلا؛ كما اعتبرت الفقرة الثالثة من هذه

---

١. نصت على هذا الحكم المادة ٢/١٣٣ من التقنين المدني المصري بقولها «..... واذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بأن يسلم شيئا من الصنف المتوسط».

المادة المحل معينا دون حاجة إلى وصفه أو تعريفه بوجه آخر إذا كان معلوماً للمتعاقدين، وجميع هذه الطرق بديهية ولم يكن هناك حاجة إلى النص عليها.

١٣٥ ـ **تعيين المحل في الالتزام بعمل أو بامتناع عن عمل:** إذا كان محل الالتزام القيام بعمل أو بالامتناع عن عمل وجب أن يكون هذا المحل معينا أو قابلا للتعيين وفقا لظروف العقد، فاذا تعهد مقاول ببناء منزل وجب تحديد البناء وذكر مواصفاته؛ أو على الأقل أن يكون تحديد هذا البناء ممكنا بالنظر إلى ملابسات العقد، كما لو كان سيشيد في المدينة أو القرية، للسكنى أو للاستغلال.. الخ.

١٣٦ ـ **حكم عدم تعيين المحل:** تنص المادة ٣/١٦١ من القانون المدني الأردني على أنه «فاذا لم يعين المحل على النحو المتقدم كان العقد باطلا». هذا مع ملاحظة أن المشرع الأردني يفرق ـ مقتفيا أثر الفقه الاسلامي ـ فيما يتعلق بحكم عدم تعيين المحل بين الجهالة الفاحشة والجهالة اليسيرة، لما تؤدي إليه الجهالة الفاحشة إلى الخداع والغرر، وما يستتبع ذلك من منازعات.

والجهالة الفاحشة هي التي تنشأ من تجهيل جنس المحل كأن يبيع شخص آخر دابة دون أن يبين جنسها، كما قد تنشأ من التفاوت الفاحش بين قيم ما يتناوله المبيع المجهول من الافراد كأن يبيع شخص لآخر داراً من دوره التي يملكها في مدينة ما بعشرة آلاف دينار؛ لأن هذا النوع من الجهالة سيؤدي كذلك إلى الغرر والخداع. والجهالة الفاحشة هي التي تؤثر على العقد(١).

أما الجهالة اليسير - التي يكون معها الجنس معلوماً، ولا يكون معها تفاوت فاحش في القيم، فلا تحول دون صحة العقد، لأن العرف جرى بين الناس على التساهل في أمرها، بحيث لا تفضي إلى منازعات.

هذا و يلاحظ أن الفقرة الأولى من المادة ١٦١ قصرت أثر الجهالة الفاحشة فيما يتعلق بصحة العقد على المعاوضات دون التبرعات، فعقود التبرعات اغتفر فيها من أنواع الجهالة ما لم يغتفر في عقود المعاوضات لامتناع المنازعة في التبرعات. ولذا تصح وصية الشخص بجزء من ماله دون بيان مقدار هذا الجزء، و يكون البيان للورثة(٢).

---

١. راجع المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني جـ١ ص١٥٦ و١٥٧.

٢. المرجع السابق.

المطلب الثاني
تعيين المحل بمعرفة أحد المتعاقدين أو بمعرفة الغير

١٣٧ ـ **تعيين محل الالتزام بمعرفة أحد المتعاقدين :** قد تثار فيما يتعلق بتعيين محل الالتزام معرفة ما اذا كان من الجائز ترك تعيين المحل لارادة أحد المتعاقدين، كترك تعيين الثمن في عقد البيع إلى إرادة المشتري أو إلى إرادة البائع.

بحسب القواعد العامة لا يجوز تعليق تعيين المحل على محض إرادة المدين(١)، كذلك لا يجوز ترك تعيين المحل الى محض إرادة الدائن حتى لا يغالي في تقديره فيرهق المدين، ولكن يجوز ترك تعيين المحل الى أحد طرفي العقد إذا كانت عناصر التعيين متوافرة ومعروفة بحيث ينتهي التحكم

واذا أبطأ العاقد المعهود إليه تعيين المحل، كتعيين الثمن في البيع مثلا أو امتنع عن إجرائه بطل العقد لتخلف المحل، ولا يجوز الالتجاء إلى القضاء للقيام بهذا التعيين، لأن الأصل أن ليس للقاضي التدخل في تكو ين العقد.

١٣٨ ـ **تعيين محل الالتزام بمعرفة الغير :** قد يتفق المتعاقدان على ترك تعيين المحل كالثمن مثلا إلى أحد من الأغيار، وعلى هذا نص المشرع الفرنسي في باب البيع(٢). و يطلق عادة على الغير الذي يفوض في تعيين محل الالتزام اسم أهل الخبرة، وقد يكون هذا الغير شخصا واحداً أو عدة أشخاص. والأصل أن يتم تعيين أهل الخبرة في العقد ذاته المراد إبرامه أو في عقد لاحق، على أنه ليس هناك ما يمنع من أن يفوض المتعاقدان المحكمة في تعيينهم. وان كان من الشراح من يرى عدم جواز ذلك لأنه ليس للمحكمة أن تتدخل في تكو ين العقد، إلا أن الرأي الراجح يجيز مثل هذا الاتفاق على اعتبار أن تعيين المفوضين وإن لم يكن نتيجة لارادة المتعاقدين المباشرة، فهو نتيجة لارادتهما غير المباشرة.

و يجيز الشراح في مصر تفو يض الغير في تعيين محل الالتزام كالثمن لأنه ليس في القواعد العامة ما يحول دون ذلك؛ وفي القانون المدني الاردني، نرى انه يجوز ترك تقدير الثمن وهو محل التزام المشتري لأحد من الأغيار. أخذاً بما جاء في المادة ٣/٤٧٩ مدني من أن الثمن يكون معلوما «بأن يتفق المتبايعان على أسس صالحة لتحديد الثمن بصورة تنتفي معها الجهالة حين التنفيذ».

---

١. تنص المادة ٢٦٧ من التقنين المدني المصري على أنه «لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم».

٢. المادة ١٥٩٢ مدني فرنسي.

المطلب الثالث
تعيين المحل اذا كان من النقود

١٣٩ ـ **الوفاء وفقاً للقيمة الاسمية :** اذا كان محل الالتزام من النقود فيجب أن تكون هذه النقود معينة بنوعها ومقدارها، وقد تناول المشرع الأردني في المادة ١٦٢ من القانون المدني، السالفة الذكر، كيفية الوفاء بالالتزام اذا كان محله من النقود فقرر أنه «اذا كان محل التصرف أو مقابله نقوداً لزم بيان قدر عددها المذكور في التصرف دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر»(١) وحكم هذه المادة كما هو ظاهر أدخل في باب إنقضاء الالتزام بالوفاء، ولذا سنكتفي هنا بتناوله في شيء من الايجاز.

فوفقاً لهذه المادة اذا تغيرت قيمة النقود في الفترة ما بين نشوء الالتزام والوفاء به فلا يكون لهذا التغيير أي أثر على مقدار محل الالتزام؛ بمعنى أن على المدين الوفاء بالمقدار المعين في العقد ولو ارتفعت قيمة النقود، وأنه ليس للدائن المطالبة باكثر من المقدار المبين في العقد ولو انخفضت قيمة النقود.

والأصل أن العملة الورقية ذات السعر القانوني (cours légal) تقوم مقام العملة المعدنية في الوفاء لأن في مكنة الدائن أن يستبدل بها عملة ذهبية، غير أنه اذا تقرر لها سعراً إلزامياً (cours forcé) تعين عليه قبولها مع امتناع استبدالها ذهبا، وعادة لا يتقرر السعر الالزامي إلا في حالة تدهور سعر العملة الورقية وحصول التضخم النقدي، ولذلك قد يلجأ الدائن تلافياً لتحمل انخفاض قيمة العملة الورقية الى اشتراط استيفاء حقه ذهباً (clause d'or) أو بما يعادل قيمة الذهب (payable en valeur or) فما حكم هذا الشرط؟

١٤٠ ـ **شرط الذهب :** يذهب القضاء في فرنسا ومعه غالبية الشراح إلى بطلان شرط الذهب في المعاملات الداخلية، والى بطلان العقد نفسه اذا كان هذا الشرط هو الباعث الرئيسي على التعاقد، والى صحة هذا الشرط في المعاملات الخارجية.

أما في مصر فقد اختلف القضاء في حكم هذا الشرط في ظل المرسوم الصادر في ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ الذي قرر للعملة الورقية سعراً الزاميا، واعتبر الدفع بها مبرئاً للذمة بصرف النظر عما يخالف ذلك من الشروط الحاصلة أو التي تحصل بين أصحاب الشأن. إذ ذهبت بعض الأحكام بالرغم من صراحة النص إلى القول بصحة

---

١. تقابل المادة ١٣٤ من التقنين المدني المصري.

شرط الذهب، كما ذهب البعض الآخر الى التفرقة بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية أخذاً بمسلك القضاء الفرنسي، وذهب فريق ثالث إلى القضاء ببطلانه، ولم يسلم القضاء المصري من هذا الخلاف الا بصدور المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ الذي أراده المشرع أن يكون قانوناً مفسراً يسري على الماضي، وقد قرر هذا المرسوم بقانون صراحة بطلان شرط الذهب في المعاملات الداخلية والخارجية على السواء.

أما في القانون الاردني فنرى أنه منعا للتحايل على حكم المادة ١٦٢ يتعين القول ببطلان شرط الذهب سواء تعلق بمعاملات داخلية أم بمعاملات خارجية.(١).

المبحث الثالث
أن يكون المحل قابلا للتعامل فيه

١٤١ ـ **الأشياء التي يجوز التعامل فيها:** تنص المادة ٥٣ من القانون المدني الاردني على أن «المال هو كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل».

وتقضي المادة ٥٤ منه بأن «كل شيء يمكن حيازته ماديا أو معنو يا والانتفاع به انتفاعاً مشروعاً ولا يخرج عن التعامل بطبيعته او بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية».

وتقرر المادة ٨٨ منه أنه «يصح أن يرد العقد: ١ ـ على الاعيان، منقولة كانت أو عقاراً، مادية كانت أو معنو ية. ٢ ـ على منافع الأعيان. ٣ ـ على عمل معين أو على خدمة معينة. ٤ ـ على أي شيء آخر ليس ممنوعاً بنص في القانون أو مخالفا للنظام العام أو الآداب».

وأخيراً تنص المادة ١٥٨ على أنه «١ ـ في التصرفات المالية يشترط أن يكون المحل متقوما. ٢ ـ و يصح أن يكون عينا أو منفعة أو أي حق مالي آخر كما يصح أن يكون عملا أو امتناعا عن عمل».

ظاهر من هذه النصوص أن ما يجوز التعامل فيه هو المال، ذلك أن الشيء قد

---

١. أما في القانون اللبناني فيعتبر شرط الذهب في المعاملات صحيحاً نظراً لما تقضي به المادة ٣٠١ من قانون الموجبات والعقود من أنه «عندما يكون الدين مبلغاً من النقود، فيجب ايفاؤه من عملة البلاد. وفي الزمن العادي، حين لا يكون التعامل إجباريا بعمله الورق، يظل المتعاقدان احراراً في اشتراط الايفاء نقوداً معدنية معينة أو عمله أجنبية».

يكون مالا وقد لا يكون مال وأنه لكي يعتبر الشيء مالا يجب أن يكون من الممكن حيازته واحرازه، والانتفاع به انتفاعاً مشروعا، وداخلا في دائرة التعامل.

هذا و يلاحظ أن الفقرة الأولى من المادة ١٥٨ اشترطت في المحل أن يكون مالا متقوما. والمال المتقوم عند فقهاء المسلمين هو ما حيز بالفعل وجاز الانتفاع به شرعا في حالة الاختيار؛ أما غير المتقوم فيشمل ما أبيح الانتفاع به قبل حيازته كالمال المباح، وما حيز لكن لا يباح الانتفاع به في غير حالة الضرورة كالخمر والخنزير في حيازة المسلم.

وقد اختلفت المذاهب الفقهية في شأن التعاقد على الخمر والخنزير عند المسلمين، فالمذهبان الحنفي والمالكي يحرمان تداول الخمر والخنزير بحق المسلمين فقط، خلافا للمذهبين الشافعي والحنبلي، فانهما يحرمان تداولهما بالنسبة إلى المسلمين وغيرهم.

هذا في الفقه الاسلامي، أما في القانون المدني فنرى أن المال المتقوم هو ما كان داخلا في دائرة التعامل بصرف النظر عن ديانة المتعاقدين، لأن حظر التعامل في الخمر والخنزير وغيرها من الأشياء النجسة بالنسبة للمسلمين هو أمر متعلق بالعقيدة، ولذا يجوز للمسلمين مع بقاء الحرمة والكراهية ديناً التعامل في مثل هذه الأشياء، وهذا الحكم تسنده عمومية نص المادة ٨٨ التي أباحت التعامل في أي شيء ليس ممنوعاً في القانون أو مخالفا للنظام العام والآداب (١).

١٤٢ ـ **الأشياء الخارجة عن التعامل**: تنص المادة ١٦٣ من القانون المدني الأردني على أنه «١ ـ يشترط أن يكون المحل قابلا لحكم العقد. ٢ ـ فان منع الشارع التعامل في شيء أو كان مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا. ٣ ـ و يعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والاجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية» (٢).

ظاهر من هذه المادة أن الأشياء الخارجة عن التعامل على نوعين: أشياء خارجة عن التعامل بطبيعتها؛ وأشياء خارجة عن التعامل بحكم القانون.

---

١. يمكن حمل ما جاء في المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني (جـ ١ ص ١٥٣) من أن المال غير المتقوم في حق المسلم كالخمر والخنزير، هو مجرد تذكير بما جاء في الفقه الاسلامي.

٢. انظر المادة ٨١ من التقنين المدني المصري.

١٤٣ ـ الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها: الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي ينتفع بها جميع الناس بغير أن يحول انتفاع بعضهم دون انتفاع البعض الآخر كأشعة الشمس والهواء والبحار، أي هي الأشياء التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، وهذه الأشياء بطبيعتها غير قابلة لحكم العقد(١)، فلا تثبت فيها ملكية المبيع للمشتري مثلا.

والأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها هي في الواقع أشياء مستحيلة، فاذا زالت هذه الاستحالة أمكن التعامل فيها باعتبار أنها قابلة لحكم العقد، وهو ما يقع بالنسبة للهواء أو الماء بعد حصره وإحرازه.

و يجب أن نفرق بين الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها والأشياء المباحة لأن الأولى لا تقبل التملك، على حين أن الثانية تقبل التملك وإن كان لا مالك لها، ومثالها الطير في الهواء والسمك في البحر.

١٤٤ ـ الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون: بعض الأشياء تقبل التعامل فيها بطبيعتها، ولكن لما كان هذه التعامل يعطل الغرض الذي خصصت له، أخرجها القانون من نطاق الأشياء الجائز التعامل فيها، ومثالها الأموال العامة، فهذه الأموال مخصصة لمنفعة عامة ولذا لا يجوز التعامل فيها، غير أن عدم القابلية للتعامل بالنسبة لها لا تتناول سائر التصرفات، ذلك أنه اذا كان من غير الجائز بيع أو رهن الملك العام لأن ذلك يخرج به عن الغرض المخصص له، إلا أنه من الجائز تأجيره وهو ما يحصل بالنسبة لشغل جزء من الطريق العام مثلا.

كذلك قد يقرر المشرع في نصوص خاصة عدم جواز التعامل في بعض الأشياء كالجواهر المخدرة، والمسكوكات المزيفة، والأشربة والمأكولات المغشوشة، والحقوق في

---

١. لكلمة حكم العقد عند الشرعيين دلالات مختلفة. فقد يقصد بها ما للعقد من آثار تترتب عليه شرعا، كما في قولهم حكم البيع بثبوت ملكية المبيع للمشتري وملكية الثمن للبائع؛ وحكم الاجارة أنها تفيد ملك المنفعة للمستأجر وملك الأجرة للمؤجر.

وقد يقصد بحكم العقد ماله من صفات ثابته نتيجة شرعيته أو عدم شرعيته كقولهم: هذا عقد صحيح أو باطل؛ أو نتيجة ما للعقد المشروع من قوة ترتب آثاره عليه في الحال، أو لا تقتضي ذلك، كقولهم: هذا عقد نافذ وذاك عقد موقوف؛ أو ماله من قوة ملزمة لكلا العاقدين أو لأحداهما أو غير ملزمة لواحد منهما كقولهم: أن البيع الخالي من شرط الخيار لازم للطرفين فلا يستطيع أحدهما فسخه بدون موافقة الطرف الآخر. وأن عقد الرهن لازم من جانب الراهن دون المرتهن، بمعنى أن للمرتهن فسخه متى أراد وليس للراهن ذلك. وأن عقد الاعارة غير لازم لأي من المتعاقدين بمعنى ان لكل من المعير والمستعير أن يرجع في الاعارة.

التركات المستقبلة (م ٢/١٦٠ مدني أردني)(١).. لخ.

وجميع النصوص التي تحرم التعامل في بعض الأشياء إنما جاءت تطبيقاً لفكرة عامة هي فكرة النظام العام والآداب؛ ولما كان يستحيل على المشرع الاردني أن يضع قائمة جامعة مانعة لكل ما يعتبر مخالف للنظام العام والآداب فقد اكتفى بالنص في الفقرة الثانية من المادة ١٦٣ على أنه «فان منع الشارع التعامل في شيء أو كان مخالفاً للنظام العام والآداب كان العقد باطلا».

(١) ذهبت محكمة التمييز الى أن الرخصة الواردة في قانون المسكرات رقم (١٥) لسنة ١٩٥٣ ما هي الا إذن من السلطة تخول صاحبها بيع الشروبات الروحية، وهي خاصة غير قابلة للتحو يل لذلك تعتبر من الاشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون فلا تكون محلا للحقوق المالية «تمييز حقوق في ١٩٨٢/٤/٢٩ مجلة نقابة المحامين ١٩٨٢ س ٣٠ رقم ٨٢/٢٦٥ ص ١١٢٣ عـ٨ـ١٢).

وترتيبا على هذا الحكم لن تعتبر رخصة بيع المشروبات الروحية من مخلفات المبيع في حالة بيع المحل التجاري.

المطلب الأول
النظام العام

١٤٥ ـ **تعريف النظام العام**(١): لم يختلف الشراح في أمر كاختلافهم في تعريف النظام العام، فتعددت التعريفات في شأنه تعدداً يكاد لا ينتهي، وتباينت بالتالي فكرة النظام العام من حيث نطاقها تبعاً للنزعة التي انبعثت عنها هذه التعريفات.

وخير ما يقال في شأنها أن النظام العام قوامه فكرة المصلحة العامة، سواء كانت هذه المصلحة سياسية أم اجتماعية أم اقتصادية أم أدبية، وأنه لما كانت فكرة المصلحة العامة تختلف من دولة الى دولة ومن زمن إلى زمن في نفس الدولة، فان فكرة النظام العام تعتبر تبعاً لذلك فكرة متغيرة أو فكرة نسبية ينظر إليها في جماعة معينة في زمن معين، فمثلا تعدد الزوجات لا يعتبر مخالفا للنظام العام في الأردن، على حين أنه يعتبر كذلك في غيرها من الدول كفرنسا، وإن إباحة الطلاق من النظام العام في الاردن على حين أن تحريمه من النظام العام في دول أخرى كايطاليا، وأن تحريم الرق يعتبر الآن من النظام العام، على حين أنه لم يكن كذلك في الماضي في بعض الدول... وهكذا؛ ولذا فان خير ما نستطيع أن نفعله في شأن تحديد فكرة النظام العام هو إيراد بعض تطبيقات لها، مع ملاحظة أن نطاق النظام العام يختلف ضيقا واتساعا وفقاً للمذهب الاجتماعي السائد في الجماعةفاذا ساد المذهب الفردي ضاق نطاق النظام العام.

هذا وقد أشارت المادة ٣/١٦٣ مدني أردني السابق ذكرها لبعض تطبيقات النظام العام سواء ما تعلق منها بالقانون العام، وما تعلق منها بالقانون الخاص.

١٤٦ ـ **تطبيقات لفكرة النظام العام في نطاق القانون العام**: لن نحاول أن نعطي تطبيقات جامعة لفكرة النظام العام في هذا المجال، بل سنكتفي بايراد بعض الأمثلة عليها، من ذلك أنه يعتبر مخالفاً للنظام العام كل اتفاق يخالف القوانين المنظمة للدولة كالقانون الدستوري والقانون الاداري، أو قوانين التنظيم القضائي أو القوانين المتعلقة بالأمن، أو القوانين المنظمة للعملة وما يتصل بها من نظم مالية.

كذلك تعتبر من النظام العام الحريات العامة، كالحرية الشخصية وما يتفرع

---

١. راجع في موضوع النظام العام والآداب: «بارتان» في الشروط المستحيلة وغير المشروعة والمخالفة للآداب ـ «ريبير» في القاعدة الأدبية في الالتزامات ـ «سافاتييه» في آثار الواجب الأدبي وجزائه رسالة من «بواتييه» سنة ١٩١٦ ـ «مارميون» في قوانين النظام العام رسالة من باريس سنة ١٩٤٢ ـ تشافداروف في الآداب رسالة من «تولوز» سنة ١٩٢٧.

عنها من حرية الاقامة، وحرية الدين والعقيدة، وحرية الزواج (ولذا تعتبر الخطبة غير ملزمة لأي من الطرفين)، وحرمة النفس، وحرية العمل والتجارة.

١٤٧ ـ تطبيقات لفكرة النظام العام في نطاق القانون الخاص: لا تقتصر فكرة النظام العام على القانون العام كما يرى البعض، بل تنصرف كذلك إلى القانون الخاص، سواء تناولت قواعد هذا القانون روابط الأحوال الشخصية أم روابط الأحوال العينية.

فبالنسبة لروابط الأحوال الشخصية ليس لأحد النزول عن حريته الشخصية ولا عن أهليته أو التعديل في أحكامها (م ٤٧ مدني اردني)، ولكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر (م ٤٨ مدني)، ولكل من نازعه الغير في استعمال اسمه أو لقبه أو كليهما بلا مبرر، ومن انتحل الغير اسمه أو لقبه أو كليهما دون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر (م ٤٩ مدني)، هذا مع ملاحظة أن اسم الشخص اذا اصبح إسما تجارياً جاز التصرف فيه.

كذلك يعتبر من النظام العام تنظيم الاسرة وما يقرره من حقوق وواجبات لكل من الزوجين كحق النفقة مثلا، ولذا لا يجوز النزول مقدماً عن هذا الحق، وإن كان يجوز التنازل عما تجمع من هذه النفقة .

كذلك تعتبر بعض القواعد المتعلقة بالأحوال العينية من النظام العام كالقواعد والاجراءات اللازمة للتصرف في مال المحجور عليه ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري.

المطلب الثاني
الآداب

١٤٨ ـ **فكرة الآداب :** الآداب كالنظام العام تستعصي فكرتها على التعريف، ومع ذلك يمكن القول بأن قوام فكرة الآداب هو الرأي العام وما يتأثر به من عوامل اخلاقية واجتماعية يبعثها الدين والعرف والتقاليد في مجتمع معين في زمن معين. أي أن فكرة الآداب كفكرة النظام العام فكرة نسبية تختلف باختلاف الأزمنة وباختلاف الجماعات. فعقد التأمين على الحياة مثلا لا يعتبر الآن مخالفا للآداب بعد أن كان كذلك في الماضي. وعقد الهتافة (contrat de claque) وهو الذي يتم بين مدير المسرح ومن يستأجرهم لترويج المسرحية عن طريق الهتاف والتصفيق كان معتبراً منافياً للآداب، وكان القضاء الفرنسي يحكم ببطلانه، أما الآن فلم يعد كذلك بعد أن أصبحت وسائل الدعاية والاعلان من الوسائل المشروعة، والاسترقاق كان مشروعا في الماضي أما الآن فيعتبر مخالفاً للآداب .... وهكذا.

والقضاء هو الحارس الأمين على كيان المجتمع كثيراً ما يستند إلى فكرة الآداب إذا لم تسعفه النصوص الموضوعية ـ في إبطال العقود المنافية للأخلاق. والقاضي لا يرجع في تحديد ما يعتبر منافياً للآداب إلى أفكاره ومبادئه الخاصة بل يرجع في ذلك الى الرأي العام في المجتمع الذي ينتمي إليه، وعلى الأخص رأي العناصر السليمة فيه وإن تعارض رأي هذه الغناصر السديدة مع بعض العادات التي تسير عليها الأكثرية جهلا منها بما هو حسن وما هو قبيح.

١٤٩ ـ **تطبيقات لفكرة الآداب :** يعتبر مخالفا للآداب كل عمل يقصد به خداع شخص معين أو خداع الجمهور على وجه الاطلاق، كما يعتبر منافياً لها كل تعهد يتم بغرض الحصول على كسب غير حلال، كتعهد شخص بعدم ارتكاب جريمة لقاء مبلغ من المال، أو تعهد السارق برد المسروقات مقابل مبلغ من النقود.

غير أن أهم تطبيقات فكرة الآداب هي ما تناولت العلاقات الجنسية وبيوت العهارة والمقامرة.

١٥٠ ـ **العلاقات الجنسية :** يعتبر مخالفاً للآداب كل اتفاق على دفع مبلغ من المال مقابل إنشاء علاقة جنسية غير شرعية أو مقابل استمرارها، أو العودة إليها بعد انقطاعها. ولكن لا يعد منافيا للآداب الاتفاق على دفع مبلغ من المال عند انتهاء هذه العلاقة إذا قصد منه تعويض أحد طرفيها عما أصابه من ضرر أو مساعدته على مواجهة الحياة بعد انقطاع هذه العلاقة.

١٥١ ـ **بيوت العهارة** : كل اتفاق يتعلق باستغلال بيوت العهارة ولو رخص بها إداريا يعتبر باطلا: كبيع بيت يدار للعهارة، أو ايجار وشراء منقولات لتأمينه، أو استئجار أشخاص للقيام بالخدمة فيه، أو الحصول على قرض لاستغلاله، أو إنشاء شركة لادارته (١).

١٥٢ ـ **المقامرة** : يسري على نوادي القمار ما يسري على بيوت العهارة من بطلان كافة العقود الخاصة باستغلالها، لذا نصت المادة ٩١٥ من القانون المدني الأردني على أن «١ ـ كل اتفاق على مقامرة أو رهان محظور يكون باطلا. ٢ ـ ولمن خسر في مقامرة أو رهان محظور أن يسترد ما دفعة خلال ستة أشهر ابتداء من الوقت الذي أدى فيه ما خسره ولو كان هناك اتفاق مخالف لما ذكر، وله أن يثبت مدعاه بجميع طرق الاثبات.» (٢) . غير أنه يستثنى من هذا الحكم الرهان الذي يعقده المشاركون في السباق والرماية وفيما هو من الرياضة أو الاستعداد لأسباب القوة (م ٩١٠ مدني)، كما يستثنى منه أيضاً ما رخص فيه قانونياً من أوراق اليانصيب.

الفرع الثالث
السبب

١٥٣ ـ **كلمة تمهيدية في صعوبة نظرية السبب** : (٣)تعتبر نظرية السبب من أعقد النظريات وأكثرها غموضاً، بل وان فكرة السبب نفسها كانت محلا للمناقشة.

---

١. لا يميل القضاء في فرنسا إلى ابطال كافة العقود المتعلقة ببيوت العهارة، بل ما تناول منها استغلال هذه البيوت فقط ولذلك يقضي بصحة عقود المقاولة الخاصة بتشييد هذه البيوت وصحة عقود التأمين عليها.

٢. تقابل المادة ٧٣٩ من التقنين المدني المصري.

٣. راجع في موضوع السبب: «كابيتان» في السبب في الالتزامات ـ «ديموج» في الالتزامات جـ٢ ـ «بنكاز» ملحق بودري جـ٢ ـ «جوسران» في الباعث في التصرفات القانونية ـ «ريبير» في القاعدة الأدبية في الالتزامات ـ «فان كان» أصل الالتزام دون سبب في القانون المدني ص ٨٧٥ وما بعدها «فيدل» في السبب في القانون الاداري رسالة من «تولوز» سنة ١٩٣٤ ـ «برس» في السبب في القا نون الانجليزي رسالة من «ديجون» سنة ١٩٢٩.

والمجادلة فيما يتعلق بفائدتها و بالتالي في وجودها، ولذا انقسم الشراح في شأنها الى فريقين : فريق وعلى رأسه الفقيه الفرنسي «كابيتان» يدافع عنهاو يسمون بالسببيين (causalistes) وفريق وعلى رأسه الفقيه الفرنسي كذلك «بلانيول» ينكرها على اعتبار أنها عديمة الجدوى و يسمون باللاسببيين (anti-causalistes). وقد أخذت بعض التقنيات الحديثة كالتقنين البولوني والألماني والسو يسري برأي هذا الفريق الأخير، غير أن هذا الانقسام لم يزد النظرية إلا غموض في الفقه، أما القضاء سواء في فرنسا أم في مصر فلم يشغل نفسه بهذا الجدل الفقهي، بل استخدم فكرة السبب في إبطال العقود في الكثير من الحالات دون أن يكلف نفسه مؤونة البحث فيها من الناحيةالنظرية.

وإيضاح فكرة السبب يستلزم التفرقة بينه و بين باقي عناصر العقد من رضا ومحل.

١٥٤ ـ **التفرقة بين الرضا والسبب :** يتصل السبب أوثق اتصال بالارادة، بل إن نظرية السبب لم تظهر إلا بعد أن تحررت العقود من الشكلية وأصبحت القاعدة فيها هي الرضائية، ذلك أن الشكلية كانت هي القيد على الارادة فلما تحررت منها حل السبب محلها كقيد عليها، ولذا لا ترجع نظرية السبب في الفقه الغربي الى القانون الروماني حيث كان الأصل فيه هو شكلية العقود، بل ترجع الى القانون الكنسي حيث كانت القاعدة فيه هي رضائية العقود، ولذا قيدت الارادة فيه بالسبب، فتعين حتى يترتب على الارادة أثرها أن تتجه الى غرض مشروع أي الى غرض لا يتنافى مع النظام العام والآداب.

وفكرة السبب لم تكن في يوم ما غريبة على الفقه الاسلامي، لأن من مبادىء الشرع الاسلامي «أن كل فاعل عاقل مختار إنما يقصد بعمله غرضا من الأغراض»(١)، وأن «القصود في العقود معتبرة وانها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمته»(٢)؛ أي : أن لكل عقد غرضا أو سببا مقصوداً، أو بعبارة أخرى أن السبب عند فقهاء الشريعة الاسلامية هو «الغرض المباشر المقصود في العقد»، هذا وسنعود

---

١. الموافقات، جـ٢ ص ٣٢٧.

٢. اعلام الموقعين جـ٣ ص ٩٦.

إلى الكلام في الفقه الاسلامي عند بحث نوعي السبب.

على أن السبب وان كان وثيق الصلة بالارادة الا أنه يتميز عنها، و يكفي لبيان ذلك أن نفرض فرضين يكون في أولهما السبب غير موجود، وفي ثانيهما السبب موجود.

و بالنسبة للفرض الأول نفرق بين حالتين: الأولى، هي حالة نظرية بحتة، وفيها يعقد الشخص عقداً ولا يعلم لماذا عقده، وهذه هي حالة المجنون، وقد سبق أن رأينا أن إرادة المجنون لا قيمة لها لأن القانون لا يعتد إلا بالارادة الصادرة عن وعي وتمييز. والثانية أن يعقد الشخص عقداً لغرض معين يعتقد وجوده، ثم يتبين أن هذا الغرض أي هذا السبب غير موجود، وهذه هي حالة السبب الكاذب، وفيها توجد الارادة لأن المتعاقد أراد حقيقة التعاقد ولكنه أخطأ فيما يتعلق بسبب التعاقد فتوهم وجوده، ولذا يقال في هذه الحالة أن هناك غلطاً في السبب.

و بالنسبة للفرض الثاني حيث يوجد السبب، قد يبطل العقد بالرغم من صحة الرضا وسلامة الارادة من شوائب العيب، وذلك اذا كان السبب غير مشروع أي كان مخالفا للنظام العام أو الآداب. وفي هذا الفرض وفي الفرض السابق الدليل على وجود السبب كعنصر متميز عن الارادة ولازم لتكوين العقد ونشوء الالتزام، وإن كان يقرب بينهما أن كلا منهما ينطوي على ظاهرة نفسية يتعين تعقبها بالبحث عن نية المتعاقد لمعرفة لماذا أراد العقد ولماذا أراد أن يلتزم.

١٥٥ ــ **التفرقة بين المحل والسبب:** يفرق الشراح عادة بين المحل والسبب بطريقة تقليدية قال بها الفقيه «أودوت» (Oudot) وهي أن المحل هو جواب من يسأل بماذا التزم المدين، وأن السبب هو جواب من يسأل لماذا التزم المدين. وهذه الطريقة البسيطة تيسر الى حد كبير التفرقة بين المحل والسبب، وان كانت هذه التفرقة تدق في بعض الأحيان بالرغم من لزومها، لأن المحل ركن مختلف عن ركن السبب وكلاهما لازم لصحة العقد ولصحة الالتزام، وذلك أن المحل قد يكون مشروعا على حين يكون السبب غير مشروع، فيبطل العقد لعدم مشروعية السبب؛ أو قد يكون المحل غير مشروع بالرغم من مشروعية السبب، فيبطل العقد لعدم مشروعية المحل، و بعبارة أخرى يجب لصحة العقد ولصحة الالتزام أن يكون كلا من السبب والمحل مشروعا، وسنعود إلى هذا الموضوع مرة اخرى.

١٥٦ ــ **السبب في الالتزام والسبب في العقد:** السبب وأن أمكن تمييزه عن باقي العناصر من رضا ومحل، إلا أنه مع ذلك في حاجة إلى إيضاح وتحديد، وتحديد فكرة السبب وإزاله ما يكتنفها من غموض لا يتأتى ــ وهو ما يذهب إليه الشراح حديثا ــ

إلا إذا فرقنا فيما يتعلق بالتعاقد بين سبب العقد وسبب والالتزام.

والعقد، كما نعلم، هو العملية القانونية، هو البيع أو الاجارة أو القرض؛ أما الالتزام فهو أثر العقد أو هو الرابطة القانونية الناشئة عن العقد، أو هو ما يلتزم به البائع في البيع من تسليم المبيع، وهو ما يلتزم به المشتري من دفع الثمن، و بديهي أن ترتب على هذا الاختلاف بين طبيعة العقد وطبيعة الالتزام اختلاف بين سبب العقد وسبب الالتزام.

فسبب العقد هو ما يدفع الشخص إلى التعاقد، والدافع أو الباعث على التعاقد ليس واحداً بالنسبة لمختلف العقود بل هو ليس واحداً بالنسبة للعقد الواحد، لأنه يختلف باختلاف العاقد، فقد يقترض شخص لسداد دين عليه، و يقترض آخر لشراء شيء يرغب فيه، و يقترض ثالث للقيام برحلة، وهكذا يختلف سبب العقد بالنسبة للنوع الواحد من العقود باختلاف الأشخاص.

أما سبب الالتزام أي ما يحمل الشخص على الالتزام فهو واحد لا يتغير في كل نوع من أنواع العقود، ففي البيع مثلا سبب التزام المشتري بدفع الثمن إلى البائع هو التزام البائع بتسليم المبيع إليه، وسبب التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري هو التزام المشتري بدفع الثمن له، أي أنه في جميع البيوع سبب التزام المشتري أو سبب التزام البائع واحد لا يتغير؛ ولذا يقال أن سبب الالتزام شيء مجرد أو هو الغرض المباشر المجرد الذي يرمي إليه العاقد من تعاقده على حين أن سبب العقد شيء ذاتي وهو الغرض الذاتي البعيد الذي يدفع العاقد إلى التعاقد. وعادة يسمى سبب الالتزام بالسبب القصدي (cause finale) و يسمى سبب العقد بالسبب الدافع أو الباعث الدافع (cause impulsive)

وكلمة السبب وإن أخذت على المعنيين السابقين، فقد تؤخذ على معنى آخر بعيد كل البعد عن موضوعنا، فقد يقصد بكلمة السبب مصدر الالتزام أي العقد أو الارادة المنفردة أو الفعل الضار (أي العمل غير المشروع) أو الفعل النافع (أي الاثراء بلا سبب) أو القانون، و يسمى السبب في هذه الحالة بالسبب الانشائي (cause officiente).

وتاريخ نظرية السبب يحمل إلى حد كبير أثر التفرقة السابقة بين سبب العقد وسبب الالتزام. وإذا أردنا تعقب هذه النظرية من الناحية التاريخية في الفقه الغربي، فلن يمتد بنا البحث إلى القانون الروماني، لأن العقود في هذا القانون، وعلى الأخص قبل تطوره، كانت عقوداً شكلية ولم يكن للارادة حظ في انعقادها، ولذا كان يقصد بكلمة السبب في هذا القانون السبب الانشائي أي مصدر الالتزام،

وكان الرومان يطلقون عليه كلمة السبب المدني (causa civilis).

وإذا كان هذا هو الشأن فيما يتعلق بالقانون الروماني، فيجب الرجوع بالنسبة لتاريخ هذه النظرية في الفقه الغربي إلى الوقت الذي أصبحت فيه القاعدة في العقود هي الرضائية؛ وقاعدة رضائية العقود لم توجد في الفقه الغربي إلا على يد فقهاء القانون الكنسي (les canonistes). فالكنسيون هم الذين وضعوا قاعدة رضائية العقود إعمالا لمبدأ أن الوفاء بالعهد المقطوع واجب وأن الاخلال به خطيئة. ولكنهم بعد أن وضعوا هذه القاعدة تبينوا أن لكل عقد غرض يرمي العاقد بتعاقده إلى تحقيقه. هذا الغرض هو السبب في العقد، هو الدافع إلى التعاقد. وهذا السبب أو الدافع يجب أن يكون مشروعا. لأنه إذا كان غير مشروع فيعتبر تحقيقه خطيئة، و بعبارة أخرى أن الارادة وإن اصبحت طليقة من قيد الشكل إلا أنها يجب أن تقيد بغرض مشروع أي بسبب مشروع، وعلى هذا الأساس وجدت فكرة السبب كعنصر نفساني سابق على التعاقد يختلف باختلاف نوع العقد وشخص العاقد، ولكنه لازم لصحة التعاقد. أي وجد ما يسمى بالسبب الدافع أي سبب العقد.

ونظرية السبب كما وضعها فقهاء القانون الكنسي، تخول القضاء ــ كما هو ظاهر ــ سلطة كبيرة فيما يتعلق بالحكم على العقود، إذ للقاضي بموجبها أن يبحث فيما يتعلق بكل عقد عن الدافع إلى انعقاده، فاذا وجد هذا الدافع غير المشروع أي مخالفاً للنظام العام أو الآداب قضى ببطلان العقد، ولذا عارضها (دوما) (domat) وهو من فقهاء القانون الفرنسي القديم.

(فدوما) خوفاً من السلطة الكبيرة التي تخولها هذه النظرية للقضاء، ورغبة في تأكيد ما للعاقدين من حرية، وما لمبدأ كفاية الارادة من سلطان، عمل على التضييق من فكرة السبب وعلى تخليصها من عنصر الدافع حتى لا يترك للقاضي مجالا للبحث في البواعث النفسانية التي حملت العاقد على التعاقد، فلذا أصبح أساس نظريته أي أساس النظرية التقليدية هو التفرقة بين السبب والدافع، أي السبب القصدي والسبب الدافع، فاعتمد السبب القصدي واستبعد السبب الدافع؛ و بذلك تحولت نظرية السبب من نظرية نفسية مرنة أساسها البحث عن غرض العاقد من التعاقد، إلى نظرية مجردة جامدة أساسها البحث في التكوين الفني للعقد.

وقد انتقلت هذه النظرية من «دوما» الى من جاء بعده من فقهاء القانون الفرنسي القديم وعلى الأخص «بوتيه» الذي عن كتاباته وضع القانون الفرنسي أي قانون نابليون.

هذا وقد ظلت النظرية التقليدية في السبب التي وضعها «دوما» مسلما بها فقها حقبة من الزمن، الى أن بدأ الشراح والقضاء في فرنسا مناهضتها.

فالشراح كما سبق أن ذكرنا، انقسموا فيما يتعلق بهذه النظرية الى فريقين: فريق يقوده الفقيه «بلانيول» يرى عدم جدوى فكرة السبب كما صورتها النظرية التقليدية؛ وفريق يقوده الفقيه «كابيتان» يدافع عنها بعد أن حور فيها بما يمكن معه تلافي موضوع النقد منها.

والقضاء رغبة منه في مسايرة الحياة العملية لم يسلم قط بفكرة السبب كما وضعتها النظرية التقليدية، ولم يرض قط بأن تقتصر مهمته على بحث تكوين العقد من الناحية الفنية لمعرفة ما إذا كان السبب القصدي متوافراً، بل عمد دائما إلى البحث عن الدافع الباعث إلى التعاقد لمعرفة ما إذا كان مشروعا أم غير مشروع، وبذلك ظل أمينا وفيا لنظرية السبب كما صورها فقهاء القانون الكنسي.

وقد ناهض الفقهاء في بادىء الأمر، سواء منهم السببيون أو اللاسببيون هذا المسلك من جانب القضاء على اعتبار أن الباعث الدافع ليس هو السبب في العقد، غير أنهم ما لبثوا أن سلموا بوجهة نظره بعد أن اتضحت لهم حقيقة السبب ووجوب التفرقة فيما يتعلق به بين سبب الالتزام وسبب العقد.

١٥٧ ـ **نظرية السبب في الفقه الاسلامي**: لم يتناول فقهاء الشرع الاسلامي السبب كنظرية عامة في العقود، غير أنهم تعرضوا له في بحثهم بصورة علمية في علم أصول الفقه، وبصورة عملية في أبواب العقود المختلفة.

تعرض الفقهاء للسبب بمعنى المصدر الذي تولد عنه الالتزام، فالتصرفات القولية والفعلية، أي العقود والجرائم، جميعها تعد أسباباً للالتزام الذي ينتج عنها، أي تعد مصدراً له، وقد رأينا أن السبب بهذا المعنى خارج عن موضوع بحثنا.

كذلك تناول الفقهاء السبب كركن في العقد وكركن في الالتزام.

فالسبب كركن في العقد، أي السبب بمعنى الباعث إلى التعاقد له مكانة ملحوظة في الفقه الاسلامي، فهو الذي تقاس به النوايا على أساس من الاعتبارات الدينية والخلقية والأدبية. ولذلك فان المذهبين الحنبلي والمالكي يعتدان به سواء

ذكر في العقد أو لم يذكر، ما دام يكون معلوما من الطرف الآخر(١). فاذا كان الباعث مشروعا فالعقد صحيح، وإذا كان غير مشروع فالعقد باطل(٢). بل إنه يعتد بالباعث ولو لم يعلم به الطرف الآخر اذا كانت الظروف بحيث ينبغي أن يعلم به(٣)، كبيع السلاح لمن يقطع به الطريق او لأهل الفتنة أو لمن يعدو به على المسلمين؛ أو تأجير دار لمن يعدها للدعارة.

كذلك اعتد الفقه الاسلامي إلى جانب اعتداده بالباعث الدافع الى التعاقد، باعتباره سبباً للعقد، اعتبد بسبب الالتزام، من ذلك ما جاء في البدائع؛ «كل المبيع يعتبر مقابلا بكل الثمن، وكل الثمن مقابل بكل المبيع. فالزيادة لو صحت مبيعاً أو ثمناً لخلت عما يقابله، فكانت فضل مال خال عن العوض في عقد المعاوضة. وهذا تفسير الربا».

كذلك يبطل العقد إذا كان هناك غلط في السبب، فالمقصود من البيع ونحوه انما هو انتفاع كل واحد من المتعاوضين بما يصير إليه، فاذا كان عديم المنفعة أو محرما لم يحصل مقصوده فيبطل عقد المعاوضة عليه(٤).

وقد أخذ المشرع الأردني برأي الحنابلة ومن حذا حذوهم في تنظيمه للسبب على ما سنرى عند بحث السبب في القانون المدني الأردني.

---

١. لا يعتد المذهبان الحنفي والشافعي بالسبب كباعث على التعاقد الا حيث يتضمنه التعبير عن الادارة، فان لم يتضمنه التعبير عن الارادة أي صيغة العقد فلا يعتد به (المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني جـ١ ص ١٦٤).

٢. اعلام الموقعين لابن القيم جـ٣ ص ٩٦ ــ ٩٨.

٣. القواعد لابن رجب ص ٣٢١ و٣٢٢.

٤. صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ص ٩٨ و٩٩. المرحوم استاذنا عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي جـ٤ ص ٥٥ في الهامش.

المبحث الأول
سبب الالتزام

١٥٨ ـ المقصود بسبب الالتزام: سبب الالتزام هو جواب من يسأل لماذا التزم المدين أي لماذا التزم البائع بتسليم المبيع، لماذا التزام المشتري بدفع الثمن، لماذا التزم المقترض برد مبلغ القرض. وعلى هذا النحو يجب أن يفصل الالتزام عن العقد الذي يرتبه، سواء رتب العقد التزامات متقابلة أم التزاما على جانب واحد.

فالعقد قد يكون له دوافع متعددة، أما الالتزام فليس له إلا سبب واحد لا يتغير بالنسبة للنوع الواحد من الالتزام، وهذا هو السبب وفقاً للنظرية التقليدية التي وضعها «دوما». وسنبحث أولا في هذه النظرية، ثم في الانتقادات التي وجهت اليها.

المطلب الأول
النظرية التقليدية في السبب

١٥٩ ـ نظرية «دوما» في السبب: يدرس «دوما» السبب في ثلاثة أنواع من العقود هي: العقود التبادلية، والعقود العينية الملزمة لجانب واحد، وعقود التبرع؛ و يختلف السبب عند «دوما» بحسب كل نوع من هذه الأنواع.

ففي العقود التبادلية سبب التزام كل متعاقد هو التزام المتعاقد الآخر. ففي البيع مثلا يوجد التزامان متقابلان هما الالتزام بتسليم المبيع و يتحمله البائع والالتزام بدفع الثمن و يتحمله المشتري،وسبب التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام المشتري بدفع الثمن، وسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بتسليم المبيع، وعلى هذا يختلف سبب الالتزام عند «دوما» عن الدافع الى التعاقد، فالدافع إلى البيع شيء متغير قد يكون رغبة البائع في سداد ما عليه من دين أو في شراء شيء آخر... الخ، أما سبب التزام البائع في عقود البيع بتسليم المبيع فواحد لا يتغير هو التزام المشتري بدفع الثمن.

وفي العقود العينية الملزمة لجانب واحد، والعقد العيني كما نعلم هو الذي لا ينعقد إلا بتسليم الشيء محل العقد، كتسليم مبلغ القرض لانعقاد عقد القرض (م ١/٦٣٧ مدني أردني)، يكون سبب التزام المقترض بالرد هو سبق استلامه للمبلغ الذي عليه رده.

وفي عقود التبرع كالهبة، يلتزم الواهب باعطاءشيء، أما الموهوب له فلا يلتزم

بشيء، ولذا لا يمكن القول بأن سبب التزام الواهب هو التزام الموهوب له، لأن ليس على الموهوب له أي التزام؛ كما لا يمكن كذلك القول بأن سبب التزام الواهب هو واقعة تسليم الشيء لأن الهبة ليست بعقد عيني (في القانون الفرنسي القديم)، بل هي تنعقد قبل تنفيذ الواهب لالتزامه، وعلى ذلك لا يكون لالتزام الواهب سبب عند «دوما» إلا نية التبرع ونية التبرع تتميز عن الدافع الى التبرع فالدافع الى التبرع أمر متغير قد يكون الرغبة في مساعدة الموهوب له على مواجهة الحياة أو في تشجيعه على القيام بعمل ما.. الخ. أما سبب التزام الواهب فواحد لا يتغير هو نية التبرع.

هذه هي نظرية السبب كما وضعها «دوما» والتي انتقلت الى من جاء بعده من فقهاء القانون الفرنسي القديم وعلى الأخص «بوتيه» الذي عن كتاباته وضع قانون نابليون.

١٦٠ ــ **خصائص السبب :** يتبين مما تقدم أن السبب وفقاً لنظرية «دوما» أي وفقا للنظرية التقليدية، يتميز بخصائص معينة وهي :

أولا ــ أن السبب بحسب هذه النظرية هو سبب الالتزام وليس سبب العقد.
ثانياً ــ أن السبب شيء داخلي في العقد (intrinsèque) و يعتبر عنصراً من عناصره، إذ لا تتصور الهبة بدون نية التبرع، أو يتصور البيع بدون التزام البائع بتسليم المبيع أو التزام المشتري بدفع الثمن.

ثالثاً ــ أن السبب واحد في كل نوع من أنواع العقود (invariable)، ففي كل بيع سبب التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام المشتري بدفع الثمن والعكس بالعكس.

رابعاً ــ أن تخلف السبب في أي عقد من العقود يترتب عليه تخلف عنصر من عناصره بحيث يولد العقد ميتا.

١٦١ ــ **الشروط الواجب توافرها في السبب :** يذهب أنصار النظرية التقليدية في السبب أن السبب وفقاً لهذه النظرية يجب أن تتوافر فيه شروط ثلاثة وهي : أولا أن يكون موجوداً. ثانياً أن يكون صحيحا. ثالثا أن يكون مشروعا. وهذا ما قرره المشرع الفرنسي عند وضع القانون المدني في المواد ١١٣١ الى ١١٣٣؛ غير أننا سنرى عند بحث هذه الشروط أن الشرط الثاني يندمج في الشرط الأول، وأن الشرط الثالث وهو المشروعية لا محل له بالنسبة لسبب الالتزام.

١٦٢ ــ **الشرط الأول ــ وجود السبب :** لا بد للالتزام من سبب فاذا تخلف السبب بطل الالتزام، والسبب في عقود التبرع هو نية التبرع، وفي العقود العينية هو واقعة تسليم الشيء، وفي العقود الملزمة للجانبين هو التزام كل طرف؛ فاذا لم يوجد

السبب في أي من هذه العقود بالمعنى السابق بطل العقد، ومن الأمثلة على انعدام السبب ما يسمى بسند المجاملة (effet de complaisance) وصورته أن يحتاج شخص إلى مبلغ من المال فيلجأ إلى صديق له، فيوقع له هذا الصديق سنداً بمديونيته، والغرض من ذلك هو إعطاء الشخص الأول سنداً يحصل على قيمته عن طريق تحويله، على أن يورد قيمته الى موقع السند عند حلول ميعاد الدفع حتى يستطيع الوفاء بقيمته لحامل هذا السند، فهنا سبب الالتزام غير موجود و يمكن الاحتجاج بانعدامه فيما بين المدين ودائنه الصوري.

١٦٣ ـ **الشرط الثاني ـ صحة السبب :** يشترط في السبب وفقا للنظرية التقليدية أن يكون صحيحا والسبب يكون غير صحيح (fausse) في حالتين هما: حالة السبب الموهوم أو المغلوط (cause erronée) وحالة السبب الصوري (cause simulée).

والسبب الموهوم أو المغلوط هو في الواقع سبب لا وجود له، ومن الأمثلة عليه تخارج وارث مع شخص يعتقد أنه وارث معه ثم يتضح أنه ليس بوارث.

أما السبب الصوري، فصورته أن يعلم المتعاقدان بالسبب الحقيقي، ولكن يخفيانه تحت ستار سبب آخر، كما لو أراد المتعاقدان الهبة ولكن أخفيا نية التبرع بأن أبرما عقدهما في شكل بيع.

والصورية ليست في ذاتها سببا لبطلان العقد إلا إذا قصد منها ستر أمر غير مشروع، وعندئذ تكون علة البطلان هي عدم المشروعية لا الصورية، ولذا يمكننا أن نقرر أن عدم صحة السبب ينتهي في نهاية الأمر الى صورة وحيدة هي عدم وجود السبب، مما يمكن معه الاستغناء عن هذا الشرط اكتفاء بالشرط الأول.

١٦٤ ـ **الشرط الثالث ـ مشروعية السبب :** يتطلب أصحاب هذه النظرية في سبب الالتزام أن يكون مشروعا، فيقررون مثلا أنه إذا تعهد شخص لآخر بارتكاب جريمة مقابل مبلغ من المال يأخذه منه، فان التزام هذا الشخص الآخير بدفع مبلغ من المال محله مشروع، ولكن سببه ـ وهو التزام الشخص الأول بارتكاب الجريمة ـ غير مشروع، ولذا يبطل الالتزام و بالتالي العقد لعدم مشروعية السبب.

والواقع أننا إذا دققنا النظر في المثال المتقدم لوجدنا أن العقد في هذه الحالة يبطل لعدم مشروعية محل التزام الطرف الأول وهو ارتكاب الجريمة؛ ولذا أنكر معارضوا النظرية التقليدية فائدتها من هذه الوجهة على ما سنرى فيما بعد.

والحقيقة أن السبب وفقاً للنظرية التقليدية، أي سبب الالتزام، لا يمكن أن يكون غير مشروع، ففي البيع مثلا التزام المشتري بدفع الثمن وهو سبب التزام

البائع بتسليم المبيع، والتزام البائع بتسليم المبيع وهو سبب التزام المشتري بدفع الثمن لا يمكن أن يكون إلا مشروعا، وفي العقود العينية واقعة تسليم الشيء هي دائما عمل مشروع، وفي عقود التبرع تعتبر نية التبرع من الناحية المجردة عملا مشروعا، فالسبب لا يتصور أن يكون غير مشروع الا اذا أخذ بمعنى الدافع، ولكن لما كانت النظرية التقليدية تستبعد فكرة الدافع أي تستبعد فكرة سبب العقد، ولا تستبقي إلا فكرة السبب القصدي أي سبب الالتزام.، فلا محل في نطاقها لاشتراط مشروعية السبب لأنه لا يمكن أن يكون غير مشروع.

المطلب الثاني
نقد النظرية التقليدية والرد عليه

١٦٥ ــ **نقد بلانيول لفكرة السبب في النظرية التقليدية :** تعرضت النظرية التقليدية في السبب إلى حملة انتقادية عنيفة من جانب خصومها ممن يعرفون «باللاسببيين»، وقد قاد هذه الحملة الفقيه الفرنسي «مارسيل بلانيول» وقد ركز نقده في موضوعين: الأول عدم صحة النظرية، والثاني عدم فائدتها.

١٦٦ ــ **عدم صحة النظرية :** يقول «اللاسببيون» أن عدم صحة النظرية يظهر اذا تأملنا فكرة السبب في تقسيمات العقود التي تناولتها النظرية.

ففي العقود التبادلية كالبيع مثلا يقال أن التزام أحد المتعاقدين هو سبب التزام المتعاقد الآخر، أي أن التزام البائع بتسليم المبيع هو سبب التزام المشتري بدفع الثمن، والعكس بالعكس، على حين أن مثل هذا الأمر لا يتصور من الناحية المنطقية لأن الالتزامين يوجدان في وقت واحد من عقد واحد، فكيف يقال أن أحدهما سبب للآخر، والسبب يجب أن يسبق المسبب.

وفي العقود العينية يقال أن سبب الالتزام بالرد ــ وهو الالتزام الذي يرتبه العقد العيني ــ هو سبق استلام الشيء، ولكن لما كان العقد العيني لا ينعقد إلا بتسليم الشيء، فيكون هناك خلط وفقا لهذه النظرية بين سبب الالتزام ومصدر الالتزام، وبعبارة أخرى أن النظرية التقليدية تصرف السبب إلى المعنى الذي كان يقصده الرومان وهو السبب الانشائي.

وفي عقود التبرع يقال أن سبب الالتزام هو نية التبرع، وهذا صحيح غير أن نية التبرع كما يرى «بلانيول» لا يمكن أن تنفصل عن الدافع اليها والا اختلطت بالارادة، فيقال أن المتبرع التزم بأن يتبرع لأنه أراد التبرع، وهذا القول لا معنى له كما هو واضح.

١٦٧ ــ **عدم فائدة النظرية :** يظهر عدم فائدة النظرية اذا أمكننا تحقيق النتائج التي يراد الوصول اليها عن طريق فكرة السبب بطريق آخر. ففكرة السبب يراد بها إبطال العقد إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه غير مشروع.

وبالنسبة للحالة الأولى : وهي حالة انعدام السبب (يلحق بها عدم صحة السبب)، لا يتصور عدم وجود السبب في العقود العينية ولا في عقود التبرع.

ففي العقود العينية لا بد من توافر السبب وهو تسليم الشيء والا امتنع انعقاد العقد، فما حاجتنا هنا إذن لنظرية السبب ما دام أن العقد لن ينعقد الا بتوافره؟

وفي عقود التبرع سبب الالتزام هو نية التبرع، ولا يتصور أن تنعدم نية التبرع إلا إذا كان المتبرع فاقد التمييز كالمجنون أو كان هناك غلط في ماهية العقد، وفي الفرضين لن ينعقد العقد لانعدام الارادة، فما حاجتنا كذلك لنظرية السبب !!

وإذا كان انعدام السبب من الممكن تصوره في العقود التبادلية كما لو باع شخص شيئاً غير موجود كجواد نفق قبل البيع، إذ يكون التزام البائع باطلا لانعدام المحل، والتزام المشتري باطلا لانعدام سببه أي لانعدام الالتزام المقابل، إلا أنه من الممكن الوصول إلى نفس النتيجة دون استعانة بفكرة السبب، ذلك أنه في العقود التبادلية ترتبط الالتزامات المتقابلة ارتباطا من شأنه الا يتصور وجود التزام منها دون وجود الالتزام المقابل، وبذلك تغني فكرة الارتباط هذه في العقود التبادلية عن فكرة السبب.

وبالنسبة للحالة الثانية : وهي حالة بطلان العقد لعدم مشروعية السبب، فيمكن أن تغني عن مكرة السبب فيها فكرة المحل، وذلك أنه في جميع الحالات التي يبطل فيها الالتزام لعدم مشروعية السبب يبطل فيها الالتزام كذلك لعدم مشروعية المحل، فكأن أصحاب النظرية التقليدية يخلطون فيما يتعلق بشرط المشروعية بين السبب والمحل، وقد سبق أن بينا أن سبب الالتزام لا يتصور أن يكون غير مشروع بل هو دائما أمر مشروع إذا نظر اليه من الناحية المجردة.

١٦٨ ــ **تقدير النقد :** رأينا أن فريق المعارضين لنظرية السبب يعيبون على النظرية التقليدية أنها غير صحيحة وغير ذات فائدة. وقد تولى أنصار هذه النظرية، وعلى الأخص الفقيه الفرنسي «كابيتان» الدفاع عنها عن طريق تفنيد ما وجه اليها من انتقادات ولننظر الآن في مدى صحة هذه الانتقادات وفي مدى قيمة الرد عليها.

١٦٩ ـ **الرد على عدم صحة النظرية :** يرى المعارضون أن السبب في العقود التبادلية كما تصوره النظرية التقليدية ـ وهو أن التزام كل طرف سبب لالتزام الطرف الآخر ـ استحالة منطقية؛ ولكن يرد على ذلك أن هذه الاستحالة لا توجد إلا إذا أخذنا كلمة السبب بمعنى المصدر أي السبب الانشائي، على حين أن ما تقوله النظرية التقليدية هو أن كل طرف يلتزم في العقد التبادلي لكي يلتزم الطرف الآخر، أي أن الغرض المباشر من التزام كل طرف هو التزام الطرف الآخر، وليس في هذا ما ينافي المنطق.

أما فيما يتعلق بالعقود العينية، والاعتراض عليها أن النظرية التقليدية تخلط فيها بين السبب كمصدر للالتزام والسبب كعنصر في الالتزام، فاعتراض قائم على أساس؛ ولذلك يلجأ «كابيتان» لدفع هذا الاعتراض إلى القول بأن هذه العقود اذا كانت عينية من حيث الصياغة، فهي عقود رضائية ملزمة للجانبين من حيث طبيعتها، ففي القرض مثلا يوجد التزامان، التزام على المقرض بتسليم مبلغ القرض، والتزام على المقترض برد مثله، وكل طرف يلتزم بغرض التزام الطرف الآخر.

وإذا كان في هذا التصوير الجديد للعقود العينية ما يدفع النقد السالف، الا أنه يتبقى مع ذلك تعارضه مع أحكام النصوص الوضعية في شأن انعقاد العقود العينية.

أما فيما يتعلق بعقود التبرع، والسبب فيها كما تقول النظرية التقليدية هو نية التبرع، فهذه النية لا تختلط بالرضا كما يدعي خصومها، لأن إرادة المتبرع يمكن تحليلها الى عنصرين: الأول إرادته في أن يلتزم وهذا هو الرضا، والثاني إرادته في عدم تلقي مقابل، أي ارادته في أن يكون التزامه بدون عوض، أي على سبيل التبرع، وهذا هو السبب؛ وليس أدل على ذلك من أنه قد يثبت وجود العنصر الأول وهو الرضا دون أن يثبت وجود العنصر الثاني وهو نية التبرع، كما إذا وقع شخص على سند بمديونيته، فاذا تمكن من أثبات أن الدين لا وجود له، فانه يبقى بعد ذلك أن يثبت الدائن نية التبرع في جانب موقع السند حتى يستوفى منه قيمته.

على أن «كابيتان» أدخل تحويراً جديداً على النظرية التقليدية فيما يتعلق بعقود التبرع إذ اهتم بالباعث الدافع بجانب السبب في حالتين:

الأولى اذا كانت الهبة مع تكليف، إذ لا يكون السبب في هذه الحالة نية التبرع، بل قيام المتبرع له بالتكليف الذي اقترنت به الهبة.

والثانية الوصية، ذلك أن الوصية عمل قانوني يتم بارادة واحدة، ولذا لا يجب فيها الوقوف عند نية التبرع، بل يجب البحث عن الباعث الذي دفع الموصي الى التبرع، وهذا هو سبب الوصية.

١٧٠ ـ الرد على عدم فائدة النظرية : فيما يتعلق بالانتقاد الخاص بعدم فائدة النظرية التقليدية، يمكن القول بصحة هذا الانتقاد في حدود معينة. ذلك أنه إذا كانت هذه النظرية تدعى فائدة السبب في إبطال العقود في حالة عدم مشروعية السبب أو عدم وجوده، فان مثل هذا الادعاء ليس صحيحا على إطلاقه على عكس ما يقول انصارها، وليس باطلا على إطلاقه على عكس ما يقول معارضوها.

فشرط مشروعية السبب، والاستفادة منه في إبطال الالتزام اذا كان سببه غير مشروع ليس صحيحا، لأن السبب وفقاً للنظرية، وكما سبق أن ذكرنا، لا يمكن أن يكون الا مشروعا.

وشرط وجود السبب، والاستفادة منه في ابطال الالتزام اذا تخلف سببه، ليس صحيحا بالنسبة للعقود العينية وعقود التبرع؛ لأنه في العقود العينية اذا لم يسلم الشيء فلا ينعقد العقد، وفي عقود التبرع إذا انعدمت نية التبرع بطل العقد لانعدام الرضا.

غير أنه من الممكن الاستفادة من شرط وجود السبب بالنسبة للعقود التبادلية، لأنه في هذه العقود ترتبط الالتزامات المتقابلة ارتباطاً لا يتصور معه قيام أحدها دون قيام الالتزام المقابل. والعلة في هذا الارتباط أن كل طرف في العقد التبادلي جعل من الالتزام المقابل غرضا أي سببا لالتزامه، ولذلك كانت فكرة السبب، وعلى الأخص بعد التعديل الذي أدخله عليها «كابيتان» ـ ومؤداه أن السبب ليس في وجود الالتزام المقابل بقدر ما هو في تنفيذ هذا الالتزام(1) ـ هي التي تفسر لنا ما تميزت به العقود التبادلية من خصائص ثلاثة وهي : أولا الدفع بعدم التنفيذ ومعناه أنه اذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه وطلب مع ذلك من المتعاقد الآخر التنفيذ، كان لهذا الأخير أن يمتنع عن تنفيذ التزامه. ثانياً الفسخ، ومؤداه أنه إذا لم يقم أحد الطرفين بتنفيذ التزامه جاز للطرف الآخر طلب فسخ العقد لتخلف سبب التزامه. ثالثا تحمل التبعة، والمقصود به أنه إذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لقوه قاهرة، فان التزام المتعاقد الآخر لا يتحقق سببه، فينقضي و يتحمل الطرف الأول تبعة هذه الاستحالة.

فهذه الخصائص الثلاثة التي للعقود التبادلية، والتي هي نتيجة لارتباط الالتزامات المتقابلة فيها، لا يمكن تفسيرها إلا على أساس فكرة السبب كما صورته

---

(1) «كابيتان» في السبب بند ٢٤٤.
لا يشترط في الفقه الاسلامي وجود السبب أو الغرض المقصود فحسب، بل يجب دوامه أثناء العقد.

النظرية التقليدية؛ ومع ذلك فلا يمكن بالرغم من هذه الفائدة إغفال موطن الزلل في هذه النظرية، وموطن الزلل فيها هو استبعادها لفكرة الدافع أو الباعث على التعاقد، على حين أن في استبعاد فكرة الدافع ما يؤدي بالنظرية إلى الجمود، إذ يمكن إبطال عقد من عقود التبرع اذا كان محله مشروعا والدافع اليه غير مشروع ؟ ليس بطبيعة الحال عن طريق فكرة السبب كما صورته النظرية التقليدية، لأن السبب في عقود التبرع هو نية التبرع، ونية التبرع عمل مشروع، وإنما عن طريق فكرة الدافع، إذ الدافع هو الذي ينظر اليه من ناحية المشروعية، وهو ما فعله القضاء دائما وما أخذ به الفقه حديثا.

المبحث الثاني
سبب العقد

١٧١ ـ **العودة إلى نظرية السبب في القانون الكنسي :** رأينا أن أهم ما يعاب على النظرية التقليدية في السبب، هو استبعادها لفكرة الدافع، مع أن فكرة الباعث الدافع هذه هي التي بصر بها فقهاء القانون الكنسي واعتمدوا عليها في إخضاع العقود لقواعد الآداب. فالعقد الواحد قد يكون صحيحا أو باطلا بحسب الدافع اليه، فاذا كان الدافع إليه غير مشروع كشراء بندقية لارتكاب جريمة كان باطلا، واذا كان الدافع اليه مشروعا كشراء بندقية للصيد كان صحيحا، وعلى القاضي البحث عن نية المتعاقد للوقوف على الباعث الى التعاقد.

ولكن أليس في البحث عن النية لتعرف الباعث على التعاقد ما قد يفوت على المعاملات عامل الاستقرار؟ لقد بصر «دوما» بهذا الأمر فوضع نظريته في السبب واستبعد منها فكرة الباعث حتى لا يتيح للقضاء مجالا للبحث في النية وما قد يؤدي إليه هذا البحث من تعريض الأمن المدني لعدم الاستقرار؛ ولكن القضاء الفرنسي رفض دائماً الوقوف عند فكرة السبب كما حددها «دوما»، وعمل دائماً على البحث عن الدافع إلى التعاقد رغبة منه في إخضاع المعاملات لقواعد الآداب، وهو في سبيل بحثه عن الدافع لم يفته تقييد هذا البحث بما يضمن للمعاملات استقرارها، وقد تلقف الفقه الغربي الحديث نظرة القضاء في السبب فصاغ منها نظرية حديثة هي نظرية سبب العقد.

ونظرية سبب العقد التي ظهرت في الفقه الغربي حديثا؛ وعرفها الفقه الاسلامي كما سبق أن ذكرنا، فهذا الفقه تطلب في الغرض المقصود من العقد أي في

الباعث الدافع إلى التعاقد أن يكون مباحاً أي أن يكون مشروعاً فاذا لم يكن مباحاً كان العقد باطلا، والغرض يكون غير مباح اذا قصد به محرم، هذا مع ملاحظة أن الفقه الاسلامي اشترط لبطلان العقداذا كان غرض أحد المتعاقدين محرما، علم العاقد الآخر بذلك[١]، وفي هذا ما يضمن استقرار المعاملات.

وسنتناول فيما يلي دراسة النظرية الحديثة في السبب، ثم نعقبها بدراسة السبب في القانون المدني الأردني.

المطلب الأول
النظرية الحديثة في السبب

١٧٢ ــ **سبب العقد هو الباعث الدافع الى التعاقد:** رأينا أن سبب الالتزام يتمثل دائما في الأداء المقابل اذا كان العقد من عقود المعاوضة، وفي نية التبرع اذا كان العقد من عقود التبرعات، وأن السبب بهذا المعنى شيء داخل في العقد لا يتغير في النوع الواحد من العقود.

الا أنه بجانب سبب الالتزام وهو أمر موضوعي، يوجد سبب العقد أي الباعث على التعاقد، وهو أمر ذاتي خارج عن العقد و يختلف باختلاف شخص المتعاقد، ففي البيع مثلا قد يكون الباعث للبائع على التعاقد هو رغبته في التخلص من متاعب ادارة المبيع، أو رغبته في شراء شيء آخر، أو رغبته في القيام برحلة يستعين على نفقاتها بالثمن... الخ، وهذا الباعث هو الذي اهتم به القضاء الفرنسي رغبة منه في اخضاع المعاملات لقواعد الآداب والنظام العام، فاذا كان الباعث على التعاقد مخالفاً لها بطل العقد، وإن كان غير مخالف لها صح العقد.

ولكن أليس في البحث عن هذا الباعث ما يعرض المعاملات لخطر عدم الاستقرار؟ تنبه القضاء الفرنسي إلى هذا الأمر فلم يهتم بكافة بواعث الارادة، الدافع منها وغير الدافع الرئيسي منها وغير الرئيسي، بل اهتم فقط بالباعث الدافع على التعاقد أي بالباعث الرئيسي الى التعاقد (cause impulsive et déterminante) فهذا الباعث فقط هو الذي يقف عنده القاضي لمعرفة ما اذا كان مشروعا أم غير مشروع، أما عداه من البواعث الثانوية التي قد توجد بجانبه فلا يهتم بها القاضي ولو كانت غير مشروعة لأنه لا أثر لها على الارادة، وهذا هو القيد الأول الذي وضعه القضاء الفرنسي لفكرة الباعث.

---

١. المغني والشرح الكبير جـ٤ ص ٤٠، ٤١، ٢٨٣، ٢٨٤.

أما القيد الثاني فهو اشتراط أن يكون هذا الباعث داخلا في دائرة التعاقد أي معلوما من المتعاقد الآخر، على اختلاف بين أعمال المعاوضات وأعمال التبرعات، فالمعاوض أولى بالرعاية من المتبرع له، ولذا فعقد المعاوضة لا يبطل إذا كان الباعث الدافع إليه غير مشروع الا اذا كان هذا الباعث معلوما من المتعاقدين، أما عمل التبرع سواء كان عملا يتم بارادتين كالهبة أم بارادة واحدة كالوصية، فلا يشترط لابطاله إذا كان الباعث الدافع اليه غير مشروع أن يكون معلوما من المتبرع له. وهذه التفرقة بين أعمال المعاوضات وأعمال التبرعات فيما يتعلق بالباعث الدافع الى التعاقد ما هي الا تطبيق لمبدأ عام هو: أن ضمان استقرار المعاملات واجب الرعاية في المعاوضات عنه في التبرعات[1].

١٧٣ ـ **الشروط الواجب توافرها في سبب العقد:** رأينا أنه يشترط في سبب الالتزام شرطا واحداً وهو أن يكون موجوداً، لأن الشرطين الآخرين وهما أن يكون صحيحا وأن يكون مشروعا لا محل لهما بالنسبة للسبب كما حددته النظرية التقليدية، لأن شرط صحة السبب المقصود به الا يكون هناك غلط في السبب، واذا كان هناك غلط في السبب، فمعنى ذلك أن السبب غير موجود، ولذا يندمج هذا الشرط في الشرط الأول. أما بالنسبة للشرط الثالث وهو مشروعية السبب، فقد رأينا أن السبب في الالتزام لا يمكن أن يكون إلا مشروعا، وعلى ذلك لا داعي لتطلب مثل هذا الشرط ما دام لا يمكن أن يقع المحظور وهو عدم مشروعية سبب الالتزام.

أما فيما يتعلق بسبب العقد فلا يشترط فيه الا شرطاً واحداً وهو أن يكون مشروعاً، فاذا كان غير مشروع، أي كان مخالفا للنظام العام أو الآداب بطل العقد، وهذا الاعتبار هو الذي حمل القضاء في فرنسا على الاهتمام بالباعث الدافع، لأنه عن طريق الباعث يمكن إخضاع المعاملات لقواعد الآداب. حقيقة أنه فيما يتعلق بالعقود التبادلية يمكن الوصول الى نفس النتيجة عن طريق سبب الالتزام، لانه اذا كان محل التزام أحد المتعاقدين غير مشروع فان التزام هذا المتعاقد يقع باطلا و يبطل بالتالي التزام المتعاقد الآخر لتخلف سببه. غير أن هذا الأمر اذا كان ميسراً الى حد ما في العقود التبادلية، فهو ليس كذلك بالنسبة لغيرها من العقود، وحتى فيما يتعلق بالعقود التبادلية قد لا نصل إلى إخضاع المعاملات لقواعد الآداب إذا

---

١. اختلف الشراح في فرنسا في هذا الموضوع فمنهم من يكتفي في المعاوضات بمرتبة العلم، ولا يتطلب في التبرعات حتى مجرد العلم «جوسران» في البواعث بند ١٥٩ ص ٢٠١ و بند ١٥٠ ص (٢٠٣). ومنهم من يتطلب المساهمة في المعاوضات والعلم في التبرعات («بواجيزان» في السبب في القانون الفرنسي ص (٥٧٢ ـ ٥٨٠). ومنهم من يسلتزم مرتبة الاتفاق ذلك أن الاتفاق وحده هو الذي يدخل الباعث في دائرة التعاقد (كابيتان في السبب بند ٢٤٤).

اكتفينا فقط بالسبب كعنصر في الالتزام، لأنه كما سنرى قد يكون محل الالتزام مشروعا بالرغم من عدم مشروعية الباعث على التعاقد، وفي هذه الحالة تقصر فكرة سبب الالتزام عن إخضاع العقد لقواعد الآداب؛ و يتعين الاستعانة بفكرة الباعث لتحقيق هذا الغرض.

ولكن إذا كنا نتطلب في الباعث الدافع أن يكون مشروعا، فهل نتطلب فيه كذلك أن يكون موجوداً؟ حقيقة أن الباعث الدافع لا يتصور أن يكون غير موجود إلا إذا كان العاقد فاقد التمييز، ولكن قد يكون الباعث موجوداً ولكن مغلوطا، فما حكم هذا الغلط؟

ذكرنا فيما سبق أن الغلط في سبب الالتزام ينتهي الى عدم وجوده، أي ينتهي إلى عدم وجود الأداء المقابل أوعدم وجود نية التبرع، ولما كان السبب بهذا المعنى هو عنصر فني داخل في تكو ين العقد، فانه يترتب على تخلفه بطلان العقد بطلاناً مطلقاً.

أما السبب بمعنى الباعث الدافع إلى التعاقد فهو أمر ذاتي خارج عن العقد، ولذا لا يؤدي الغلط فيه الى بطلان العقد بطلاناً أصليا، وإن كان يؤدي إلى بطلانه بطلانا نسبيا بالتطبيق للنظرية الحديثة في الغلط التي من شأنها ابطال العقد للغلط إذا تناول الاعتبار الرئيسي في التعاقد أياً كان هذه الاعتبار.

١٧٤ ــ **التفرقة بين المحل وسبب العقد:** يتعين فيما يتعلق بدراسة مشروعية سبب العقد التفرقة بينه و بين المحل، خاصة وأن عدم المشروعية قد يكون عالقا بالمحل كما قد يكون عالقا بالسبب، فيختلط الأمر في علة البطلان، أهي عدم مشروعية المحل أم عدم مشروعية سبب العقد.

ولتحديد هذه التفرقة يميز فريق من الشراح بين محل الالتزام ومحل العقد، فمحل الالتزام هو ما قد يتعهد المدين بأدائه، ففي الايجار مثلا محل التزام المستأجر هو دفع الأجرة، ومحل التزام المؤجر هو تسليم العين المؤجرة، ومحل الالتزامين مشروع في هذا المثال، ولو تعلق الامر بايجار بيت من بيوت العهارة، ولذا لا يبطل العقد لعدم مشروعية محل الالتزام، وإنما يبطل لعدم مشروعية الباعث الدافع إلى التعاقد وهو استغلال العين للعهارة.

أما محل العقد فهو العملية القانونية التي يراد تحقيقها، وقد تكون هذه العملية القانونية مشروعة على حين يكون الدافع إليها غير مشروع، مثلا في الفرض السابق، العملية القانونية هي تأجير العين، وتأجير العين عمل مشروع، أما السبب

الدافع فهو استغلال العين للعهارة، وهذا السبب غير مشروع، ولذا يبطل العقد لعدم مشروعية السبب بالرغم من مشروعية المحل.

وقد يحصل العكس بأن يكون محل العقد أي العملية القانونية غير مشروعة بالرغم من مشروعية السبب، فهنا محل العقد غير مشروع لأنه محرم بنص في القانون، ولذا يبطل العقد لعدم مشروعية المحل ولو كان الباعث الدافع إلى التعامل في التركة المستقبلة مشروعا.

والتمييز بين حالات بطلان العقد لعدم مشروعية محله عن حالات بطلانه لعدم مشروعية سببه أمر ليس باليسير في الكثير من الحالات، وإن كان من الممكن كما يقول بعض الشراح إسناد البطلان الى عدم مشروعية السبب إذا تعلق الأمر بمخالفة للآداب؛ وإسناده إلى عدم مشروعية المحل إذا تعلق الأمر بمخالفة قاعدة قانونية ليست من صميم الآداب.

حقيقة أن هذا المعيار ليس صحيحا على إطلاقه، بل قد توجد حالات يصعب فيها معرفة ما اذا كان البطلان راجعا لعدم مشروعية محل العقد أم راجعا لعدم مشروعية سببه؛ ولكن لا ينبغي إن تحملنا هذه الصعوبة على استبعاد فكرة سبب العقد اكتفاء بفكرة المحل لاخضاع المعاملات لقواعد الآداب كما يقول «اللاسببيون»، لأنه كما سبق أن ذكرنا توجد حالات يكون فيها السبب مشروعا ومع ذلك يبطل العقد لعدم مشروعية سببه.

المطلب الثاني
نظرية السبب في القانون الأردني

١٧٥ ـ **النصوص القانونية :** تنص المادة ١٦٥ من القانون المدني الأردني على أن «١ ـ السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد. ٢ ـ و يجب أن يكون موجوداً وصحيحاً ومباحاً غير مخالف للنظام العام أو الآداب».

وتقضي المادة ١٦٦ منه بأنه «١ ـ لا يصح العقد إذا لم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه. ٢ ـ و يفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يقم الدليل على غير ذلك».

١٧٦ ـ **سبب الالتزام وسبب العقد :** ميز المشرع الاردني بين سبب الالتزام وسبب العقد و يظهر هذا التمييز فيما نصت عليه المادتان ١٦٥ و ١٦٦ من القانون المدني السابق ذكرهما، فالمادة ١٦٥ تتحدث عن سبب الالتزام، بينما أن المادة ١٦٦ تتحدث عن سبب العقد (١).

١٧٧ ـ **سبب الالتزام :** عرفت المادة ١/١٦٥ سبب الالتزام بأنه الغرض المباشر المقصود من العقد، وهو تعريف مأخوذ عن الفقه الاسلامي.

وإذا عرفنا سبب الالتزام بأنه الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول اليه من وراء التزامه، وجب اعتباره عنصراً موضوعيا، وداخلا في العقد، ولا يتغير في النوع الواحد من العقود. فمثلا في عقود البيع يكون سبب التزام البائع بنقل الملكية هو دائما رغبته في الحصول على الثمن، و يكون سبب التزام المشتري بدفع الثمن هو دائما رغبته في الحصول على المبيع.

١٧٨ ـ **الشروط الواجب توافرها في سبب الالتزام :** تكلمت المادة ١٦٥ مدني

---

١. من القوانين العربية التي ميزت بين سبب الالتزام وسبب العقد القانون اللبناني، اذ نصت المادة ١٩٤ من تقنين الموجبات والعقود على أنه «يميز بين سبب الموجب وسبب العقد»؛ كما نصت المادة ٢٠٠ من هذا التقنين على «أن سبب العقد يكون في الدافع الشخصي الذي حمل الفريق العاقد على إنشاء العقد وهو لا يعد جزءا غير منفصل في العقد بل يختلف في كل نوع من العقود وإن تكن من فئة واحدة». ونصت المادة ٢٠١ من هذا التقنين على أنه «اذا كان سبب العقد غير مباح كان العقد باطلا أصلا».

أما في القانون المصري، فنظراً لعدم وضوح هذا التمييز فيه، انقسم الفقهاء الى فريقين، أحداهما يرفض فكرة ازدواجية السبب، والآخر ونحن منهم (أنظر كتابنا مصادر التزام القانون المصري واللبناني سنة ١٩٨٣ بند ٢٨٤)، أي أن فكرة إزدواج السبب لا تستعصي على نصوص التقنين المدني المصري، بل إن تفسير هذه النصوص لا يستقيم إلا إذا اخذنا بهذه الفكرة.

عن الشروط الواجب توافرها في السبب بصفة عامة فقالت «و يجب أن يكون موجوداً وصحيحا ومباحا غير مخالف للنظام العام أو الآداب». وواضح أن هذه المادة قد جمعت بين الشروط الواجب توافرها في سبب الالتزام، وتلك الواجب توافرها في سبب العقد.

ففيما يتعلق بسبب الالتزام، فلا يشترط فيه ألا أن يكون موجوداً؛ أما اشتراط أن يكون صحيحا فلا داعي له، لأن السبب يكون غير صحيح، كما سبق أن رأينا، في حالتين هما حالة السبب الموهوم أو المغلوط، كما لو تخارج وارث مع شخص يعتقد أنه وارث، ثم يتضح أنه ليس بوارث، وفي هذه الحالة يعتبر السبب غير موجود. والثانية حالة السبب الصوري، علما بأن الصورية، كما سبق أن أوضحنا، ليست في ذاتها سبباً لبطلان العقد إلا إذا قصد بها إخفاء أمر غير مشروع، وفي هذه الحالة تكون علة البطلان هي عدم المشروعية لا الصورية؛ ولهذا يمكننا أن نقرر أن صحة السبب شرط لا داعي له، لأن السبب غير الصحيح هو في حقيقته كما رأينا في الحالتين السابقتين سبب غير موجود.

كذلك لا داعي لاشتراط مشروعية سبب الالتزام، لأن سبب الالتزام لا يمكن إلا أن يكون مشروعا، ففي البيع مثلا التزام المشتري بدفع الثمن هو سبب التزام البائع بنقل ملكية المبيع، والتزام البائع بنقل ملكية المبيع هو سبب التزام المشتري بدفع الثمن. والسبب بهذا المعنى لا يمكن الا أن يكون مشروعا؛ وفي العقود العينية وهي التي لا تتم إلا بالقبض تعتبر واقعة تسليم الشيء دائما عملا مشروعا؛ وفي عقود التبرع تعد نية التبرع من الناحية المجردة عملا مشروعا، أي أن السبب لا يتصور أن يكون غير مشروع إلا إذا أخذ بمعنى الباعث الدافع الى التعاقد، أي أخذ بمعنى سبب العقد.

وخلاصة القول أن سبب الالتزام لا يشترط فيه الا أن يكون موجوداً، فالوجود هو الشرط الوحيد الواجب توافره في سبب الالتزام. هذا مع ملاحظة أنه اذا لم يذكر في العقد وجود السبب فيفترض أن السبب موجود، إلا إذا اثبت المدين عدم وجوده.

١٧٩ ــ **سبب العقد**: تناولت المادة ١٦٦/١ مدني سبب العقد بقولها «لا يصح العقد اذا لم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه». وسبب العقد كما رأينا هو الباعث الدافع الى التعاقد؛ وقد مر بنا أن الفقه الاسلامي اعتد بالباعث أي بسبب العقد لأن به تقاس النوايا على أساس من الاعتبارات الدينية والخلقية والأدبية؛ وأن المذهبين الحنبلي والمالكي يعتدان به سواء ذكر أم لم يذكر في العقد، ما دام داخلا في نطاق التعاقد، أي ما دام معلوماً من الطرف الآخر أو كانت الظروف بحيث ينبغي

أن يعلم به؛ وسبب العقد كما سبق أن مر بنا ليس واحداً بالنسبة لمختلف العقود، بل هو ليس واحداً بالنسبة للعقد الواحد، لأنه يختلف باختلاف المتعاقد.

١٨٠ ـ **الشروط الواجب توافرها في سبب العقد :** رأينا أنه لا يشترط في سبب الالتزام الا شرطا واحداً وهو أن يكون موجوداً، فهل نتطلب كذلك مثل هذا الشرط بالنسبة لسبب العقد؟ الحقيقة أن عدم وجود الباعث الدافع لا يتصور إلا إذا كان المتعاقد غير مميز بأن كان مجنونا مثلا، أو بعبارة أخرى أن سبب العقد دائماً موجود، ولذا لا داعي لشرط الوجود بالنسبة له.

أما بالنسبة للمشروعية فيتعين لصحة العقد أن يكون الباعث الدافع مشروعا أي مباحا أي لا يقصد به غرضا منافيا للنظام العام أو الآداب، فعقد شراء سلاح كبندقية مثلا يعتبر صحيحا أو باطلا بحسب الباعث الدافع الى الشراء، فاذا كان هذا الباعث مشروعا بأن كان شراء السلاح بغرض الصيد كان العقد صحيحاً، وإذا كان الباعث غير مشروع بأن كان شراء السلاح بغرض ارتكاب جريمة كان العقد باطلا.

والخلاصة أنه لا يشترط بالنسبة لسبب العقد إلا شرطا واحداً هو المشروعية، كما لا يشترط بالنسبة لسبب الالتزام الا شرطا واحداً هو أن يكون موجوداً.

١٨١ ـ **أثبات سبب العقد :** تنص المادة ٢/١٦٦ مدني على أنه «و يفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يقم الدليل على غير ذلك».

ولشرح هذه المادة يتعين التفرقة بين فرضين: الأول الا يكون السبب مذكوراً في العقد أو بتعبير أدق الا يكون مذكوراً في المحرر الكتابي المثبت للتعاقد؛ والثاني أن يكون السبب مذكوراً فيه.

ففيما يتعلق بالفرض الأول، فقد كان التطبيق الطبيعي للمبادىء في الاثبات أن يقوم الدائن باثبات سبب العقد لأنه المكلف باثبات الدين، إلا أن المشرع الاردني وضع في الفقرة الثانية من المادة ١٦٦ قرينة من مقتضاها أنه يفترض عند عدم ذكر السبب أن للعقد سببا مشروعا، ولكن لما كانت هذه القرينة، قرينة بسيطة، فيجوز للمدين ـ كما جاء في المادة ـ أن يثبت بكافة طرق الاثبات، بما في ذلك البينة والقرائن، أن للعقد سببا غير مشروع، فاذا أثبت ذلك قضى ببطلان العقد.

أما فيما يتعلق بالفرض الثاني، وفيه يكون السبب مذكوراً في المحرر الكتابي المثبت للعقد، فقد وضع المشرع كذلك قرينة من مقتضاها أن السبب المذكور هو السبب الحقيقي، غير أن هذه القرينة بسيطة يجوز ايضا اثبات عكس دلالتها،

والمكلف بهذا الاثبات هو المدين. والمدين إما أن يقتصر على إثبات صورية السبب، وإما أن يثبت رأسا عدم مشروعيته. فاذا اقتصر المدين على ادعاء صورية السبب وجب عليه أثبات ما يدعيه بالكتابة، لأن القاعدة أنه لا يجوز اثبات ما يخالف الثابت كتابة الا بكتابة (م ١/٢٩ من قانون البينات).، فاذا استطاع إثبات صورية السبب، انتقل عبء الاثبات إلى الدائن وتعين عليه أثبات السبب الحقيقي المشروع.

أما اذا ادعى المدين أن السبب المذكور في العقد هو في حقيقته سبب غير مشروع، كان عليه أثبات هذا الادعاء، وله في سبيل ذلك أن يلجأ الى كافة طرق الاثبات بما فيها البينة والقرائن دون أن يقيد بقاعدة عدم جواز الالتجاء الى البينة في اثبات ما تزيد قيمته على عشر دنانير (م ١/٢٨ من قانون البينات) أو بقاعدة عدم جواز نقض الثابت كتابة إلا بكتابة لأن الأمر يتعلق بعمل مخالف للنظام العام او الآداب، أي بعمل غير مباح، غير مشروع، وعدم المشروعية جائز إثباته بكافة طرق الاثبات (م ٤/٣٠ من قانون البينات).

١٨٢ ـ **إثبات سبب الالتزام:** رأينا أنه فيما يتعلق باثبات سبب العقد أن المقصود هو أثبات مشروعية السبب، وعلى ذلك يكون المقصود باثبات سبب الالتزام هو أثبات وجود السبب. سبب الالتزام قد يكون مذكوراً في المحرر الكتابي المثبت للتعاقد، وهذا هو الفرض الغالب، لأنه في البيع مثلا يذكر المتعاقدان عادة أن الثمن قد دفع الى البائع وأن المبيع قد سلم الى المشتري؛ وفي الوديعة يذكر أن المودع عنده قد تسلم الشيء المودع... الخ؛ ولكن قد يحصل الا يذكر سبب الالتزام في العقد، وهذا هو الفرض الأقل وقوعاً. وسواء ذكر سبب الالتزام في العقد أم لم يذكر، ففي الحالتين يطبق في شأن إثبات سبب الالتزام القواعد السالف ذكرها في شأن إثبات سبب العقد.

وقد سبق أن ذكرنا أن من شأن هذه القواعد أنه اذا لم يذكر في العقد وجود السبب فيفترض أن السبب موجود، إلا إذا أثبت المدين عدم وجوده، و بعبارة اخرى أنه اذا لم يذكر في المحرر الكتابي سبب الالتزام وعجز المدين عن اثبات انتفاء السبب، فانه يلزم بالرغم من ذلك بالوفاء بالالتزام، و بذلك يقترب هذا الوضع من الوضع في القوانين الجرمانية التي تأخذ بالتصرف المجرد (L'acte abstrait) بغية ضمان استمرار المعاملات، وتؤسسه على الارادة الظاهرة.

الفرع الرابع
مراتب انعقاد العقد

١٨٣ ـ **منهج البحث :** سنتناول هنا دراسة مراتب انعقاد العقد في كل من الفقهين الاسلامي والغربي، و يمثل الفقه الاسلامي في هذه الدراسة القانون المدني الأردني، كما يمثل الفقه الغربي فيها القانون المدني المصري، وطبيعي أن تتضمن هذه الدراسة نوعاً من المقارنة بين الفقهين من خلال البحث في النصوص التي اشتمل عليها كل من هذين القانونين.

المبحث الأول
مراتب انعقاد العقد في القانون المدني الأردني والفقه الاسلامي

١٨٤ ـ **خطة الدراسة :** لما كانت نصوص القانون المدني الاردني مأخوذة عن الفقه الاسلامي، و بخاصة الفقه الحنفي، فان مقتضيات البحث تتطلب أن نعرض وفي ايجاز الى مراتب العقد في هذا الفقه، قبل أن نتناول شروط كل عقد في القانون الاردني باعتباره القانون الوضعي.

المطلب الأول
مراتب العقد في الفقه الاسلامي

١٨٥ ـ **أنواع المراتب :** اتفقت كلمة فقهاء الشريعة الاسلامية على أن من العقود عقوداً يقرها الشارع و يرتب عليها آثارها، وهي العقود التي سلمت أركانها وأوصافها من الخلل، ولم يرد من الشارع نهى لها، وهذه العقود تعتبر عقوداً منعقدة؛ ومنها عقود أصابها خلل في ركن من أركانها، أو وصف من أوصافها، أو ورد من الشارع نهي عنها، وهذه تعتبر غير صحيحة باتفاق الأئمة.

والعقد المنعقد قد يكون صحيحا وقد يكون فاسداً.

والعقد الصحيح هو ما كان صالحا لكي تترتب آثاره عليه، أو كما يقول رجال الفقه هو ما كان مشروعا بأصله ووصفه.

والعقد الفاسد هو ما كان مختلا والخلل راجع إلى وصف من أوصافه اللازمة، وهذا الخلل لا يمنع من انعقاده، ولذا يعتبر العقد الفاسد وسطا بين العقد الصحيح والعقد الباطل. ذلك أن العقد الصحيح هو ما كان سليماً من الخلل في أركانه وأوصافه؛ في حين أن العقد الباطل هو ما شابه خلل في أمر أساسي فيه كأن يكون أحد المتعاقدين فاقداً للتمييز كالصبي غير المميز مثلا. أما العقد الفاسد فهو كما ذكرنا ما شابه خلل في وصف من أوصافه اللازمة لا في ركن من أركانه، كما إذا تم البيع بثمن مؤجل إلى أجل مجهول يؤدي إلى النزاع، أو كان الثمن مالا غير متقوم، وهكذا كل عقد فيه جهالة تفضي إلى النزاع الذي لا يمكن فصله.

والعقد الصحيح ينقسم بدوره إلى قسمين، ذلك أن هذا العقد قد يكون نافذاً وقد يكون موقوفا، وهذا التقسيم متفق عليه بين الحنفية والمالكية، أما الشافعية ومن وافقهم فلا يكون العقد الصحيح عندهم إلا نافذاً، ذلك أنهم جعلوا من شروط انعقاده، أن يثبت للمتعاقد ولاية إنشائه وإصداره، ولذا ليس في المذهب الشافعي عقد صحيح موقوف.

والعقد النافذ هو ما صدر عن شخص كامل الأهلية، وله ولاية إصداره سواء كانت هذه الولاية أصلية أو نيابية، كالعقد الصادر من الشخص في مال من أمواله، أو صادر من الوكيل توكيلا صحيحا في مال الموكل، وحكم هذا العقد أنه تترتب عليه آثاره دون توقف على إجازة أحد.

والعقد الموقوف، هو ما صدر من شخص ثبتت له أهلية التعاقد دون أن تثبت له ولاية إصداره كالعقد الذي يصدر من الفضولي، وحكم هذا العقد أنه لا تترتب عليه آثاره إلا إذا أجازه من يملك إصداره إجازة صحيحة.

والعقد النافذ ينقسم هو الآخر الى عقد لازم، والى عقد غير لازم.

والعقد اللازم هو العقد الصحيح النافذ الذي لا يستطيع أحد العاقدين فسخه وإبطاله والتحلل منه. وهذا النوع منه ما هو لازم لطرفيه، ولا يقبل الفسخ بأي صورة من الصور حتى ولو اتفق الطرفان على ذلك كعقد الزواج، فانه بعد تمامه تترتب عليه آثاره، و يلزم كلا من الزوجين، فلا يملكان الاتفاق على فسخه، لأن معنى فسخ العقد رفعه من أساسه كأن لم يكن، فلا يبقى من آثاره شيء كما في إقالة البيع، وما يملكه الزوج من حق الطلاق لا يعتبر فسخا للعقد، بل هو انهاء له فقط، بدليل بقاء بعض آثار الزواج بعد وقوع الطلاق من وجوب النفقة ولزوم المهر.

والعقد غير اللازم أو الجائز كما يطلق عليه بعض فقهاء الشرع الاسلامي، فهو ما يستطيع كل واحد من طرفيه أو إحداهما فقط أن يفسخه و يتحلل منه دون

توقف على موافقه الطرف الآخر، كالوديعة إذ لكل من المودع والمودع عنده الحق في فسخ العقد سواء قبل الطرف الآخر أو لم يقبل.

١٨٦ ـ **تميز الفقه الحنفي بمرتبة العقد الفاسد:** يتميز الفقه الحنفي كما تقول المذكرة الايضاحية ـ عن بعض المذاهب الفقهية الاسلامية الأخرى بمرتبة العقد الفاسد، ففي المذهب المالكي والشافعي والحنبلي، الفاسد والباطل سواء، بخلاف المذهب الحنفي، فالفساد فيه مرتبة غير مرتبة البطلان ولهذا التمييز ما بين مرتبة البطلان ومرتبة الفساد مبرره المنطقي والعملي.

أما مبرره المنطقي فلأن التمييز بين العقد الباطل والعقد الفاسد يقوم على التمييز بين أصل العقد ووصفه؛ وأصل العقد هو الركن وشرائطه، أما أوصاف العقد فيرجع أغلبها الى المحل، والمنطقي أن يكون الجزاء عند تخلف الأصل أشد من الجزاء عند تخلف الوصف مع وجود الأصل، وهذا ما ذهب إليه الفقه الحنفي إذ جعل الجزاء في الأول البطلان وفي الثاني الفساد، وبذا تكون السلسلة ذات حلقات منطقية ثلاث هي: ما كان غير مشروع لا بأصله ولا بوصفه فهو الباطل، وما كان مشروعا بأصله دون وصفه فهو الفاسد، وما كان مشروعا بأصله ووصفه فهو الصحيح.

وأما مبرره العملي فهو الاقلال من حالات بطلان العقد وفتح الباب لتصحيح العقد، ذلك أن العقد الفاسد وإن كان الواجب رفعه للفساد ولا يسقط حق الفسخ بالاسقاط، إلا أنه قابل للتصحيح وذلك بازالة سبب الفساد، فاذا كان سبب الفساد الشرط الفاسد، فاسقطه من جعل له أو الجهالة الفاحشة فازيلت، صح العقد (١).

واذا كان رجال القانون يلجأون الى كل باب يصححون به العقد بقدر الامكان، كانتقاص العقد أو تحويله، فأولى ألا نغلق باباً يقوم على قواعد راسخة من المنطق والحاجات العملية (١) من شأنه أن يترك مجالا لتصحيح عقد قام أصله واختل وصفه (٢).

هذا ويلاحظ أن الشرط الفاسد ملغى في جميع العقود لا يجب الوفاء به، ولكن فساده يتعدى الى بعض العقود فيفسدها، وهي عقود المعاوضات المالية كالبيع والاجارة والقسمة والصلح عن مال، وفي غيرها من العقود يبقى العقد صحيحا،

---

١. المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني جـ١ ص ١٦٩ و١٧٠.

٢. يعلق على ذلك استاذنا المرحوم عبد الرزاق السنهوري بقوله «لا شك في أن تفريق الحنفية بين أصل العقد ووصفه، والتمييز تبعاً لذلك بين العقد الباطل والعقد الفاسد، صناعة فقهية محكمة قد انفردوا بها».

(مصادر الحق في الفقه الاسلامي جـ٤ ص ١٨٦ و٢٩٨ ـ ٣٠٤).

و يلغى الشرط وحده(١).

المطلب الثاني
مراتب العقد في القانون المدني الاردني

١٨٧ ـ **استعارة مراتب العقد من الفقه الاسلامي :** أخذ المشرع الأردني بمراتب انعقاد العقد كما جاءت في الفقه الاسلامي، وعلى الأخص في الفقه الحنفي، فتكلم في المواد ١٦٧ الى ١٧٦ من القانون المدني، في العقد الصحيح والباطل والفاسد، ثم في العقد الموقوف والعقد غير اللازم.

أولا ـ العقد الصحيح والعقد الباطل

١٨٨ ـ **العقد الصحيح :** تنص المادة ١٦٧ على أن «العقد الصحيح هو العقد المشروع بأصله ووصفه بأن يكون صادراً من أهله مضافا الى محل قابل لحكمه، وله غرض قائم وصحيح ومشروع، وأوصافه صحيحه، ولم يقترن به شرط مفسد له».

ظاهر من هذا النص أن العقد الصحيح هو العقد السليم من الخلل في أركانه وأوصافه، و يتحقق ذلك اذا توافرت الأهلية في المتعاقدين، واستجمع المحل لشرائطه، وتوافرت في السبب شروطه. فمتى تحققت في العقد هذه المقومات، وتوافرت له شروطه كان صحيحاً وترتبت عليه آثاره فور انعقاده، ما لم يكن معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل، أو كان غير نافذ بأن كان موقوفا. أما اذا صابه خلل بأن كان أحد المتعاقدين أو كلاهما فاقد الأهلية، أو كانا ممن كملت أهليته ولكن القبول لم يطابق الايجاب، أو كان محل العقد فاقداً لشرط من شروطه، أو كان سبب الالتزام غير موجود أو كان سبب العقد غير مشروع، كان العقد غير صحيح، إما لعدم وجود أصلا أووجوده معيباً.

١٨٩ ـ **العقد الباطل :** نصت المادة ١٦٨ على أن «١ ـ العقد الباطل ما ليس مشروعاً بأصله ووصفه بأن اختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده، ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الاجازة. ٢ ـ ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها. ٣ ـ ولا تسمع دعوى البطلان بعد مضي خمس عشرة سنة من وقت العقد»(٢).

---

١. يلغى الشرط الفاسد وحده و يبقى العقد صحيحاً في عقود التبرعات كالهبة والاعارة، وفي عقود التوثيقات كالكفالة والحوالة والرهن، وفي الاسقاطات كالطلاق، وفي عقود المعاوضات غير المالية كالزواج والخلع والطلاق على مال (انظر تبيين الحقائق للزيعلي جـ٤ ص ١٣١ باب المتفرقات، وجامع الفصولين، جـ٢، ص ٢، وما بعدها).

٢. راجع المادة ٣١٣ من مرشد الحيران. وراجع تمييز حقوق في ١٩٨٢/٦/١٧ مجلة نقابة المحامين س ٣٠ عـ١٠ رقم ٨٢/١٥٧ ص ١٣٨٢.

والعقد الباطل كما جاء في هذه المادة هو ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه؛ بمعنى أن المشرع لا يعتبره موجوداً وان كانت صورته موجودة في الخارج، فلا يترتب عليه أي أثر من الآثار المقررة للعقد الصحيح.

وقد سبق أن ذكرنا أن العقد يكون باطلا اذا اختل ركنه بأن لم يطابق القبول الايجاب، او كان الرضا صادراً من غير أهل له، أو كان المحل أو السبب فاقداً لشرط من شروطه، كذلك يبطل العقد إذا كان من العقود الشكلية ولم يتوافر فيه الشكل الذي تطلبه القانون كما في الرهن التأميني مثلا، فالرهن التأميني لا ينعقد في القانون المدني الاردني الا بتسجيله (م ١٣٢٣) أي أن التسجيل ركن فيه ولا يقوم بغيره؛ وأخيراً يبطل العقد إذا كان من العقود العينية أي من العقود التي لا تتم الا بالقبض أي بتسليم الشيء محل العقد، وتخلفت واقعة القبض، كما هو الشأن بالنسبة للرهن الحيازي، فالرهن الحيازي لا يتم في القانون المدني الاردني إلا إذا قبض الدائن العدل الشيء المرهون (م ١٣٧٥).

والعقد الباطل كما سبق أن أوضحنا لا يرتب أي أثر لأنه عقد معدوم، ولا وجود له الا من حيث الصورة فقط، ولا يستطيع أي من المتعاقدين المطالبة بتنفيذه، واذا حدث أن نفذ فانه لا يترتب عليه أثره، فلا يمتلك المشتري المبيع ولو قبضه. غير أنه استثناء من هذه القاعدة قد تترتب بمناسبة العقد الباطل في بعض الحالات آثاره الأصلية، وذلك ليس نزولا على حكم العقد لأن العقد معدوم، ولكن نزولا على حكم القانون الذي يسعى الى ضمان الأمن المدني والاستقرار في المعاملات؛ كذلك قد تترتب بمناسبة العقد الباطل آثار عرضية ترجع باعتباره واقعة قانونية أي عملا مادياً لا باعتباره تصرفا قانونيا.

١٩٠ ـ **صور من الآثار الأصلية**: من صور العقود الباطلة التى ترتب آثارها في القانون المدني الاردني العقد الصوري، وهو عقد لا وجود له بالنسبة للمتعاقدين إذ العبرة فيما بينهما بالعقد الحقيقي (contré lettre)، ومع ذلك يعتبر العقد الصوري قائما بالنسبة للغير حسن النية، وعلى هذا نصت الفقرة الأولى من المادة ٣٦٨ بقولها «إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري.. الخ».

وسنعود إلى استعراض بعض صور الآثار الأصلية للعقد الباطل عند بحث هذا الموضوع في القانون المدني الاردني تجنبا للتكرار.

١٩١ ـ **صور من الآثار العرضية**: من صور الآثار العرضية أنه إذا قبض المشتري المبيع بناء على البيع الباطل وهلك في يده تحمل تبعة الهلاك، وذلك عند المالكية وفي

أحد الرأيين عند الحنفية.

ومن ذلك أيضا أن الزواج الباطل (وهو والفاسد سيان عند الحنفية) أي الزواج الذي أختل شرط من شروط صحته، كما لو عقد بغير شهود أو عقد بين محرمين، فهذا الزواج لا يترتب عليه كعقد أي أثر، بمعنى أن المتزوجين زواجا باطلا اذا افترقا قبل الدخول فلا عدة على الزوجة ولا مهر لها، ولا تثبت بينهما حرمة المصاهرة والنسب، ولا يتوارثان لو مات أحدهما. ولكن لو دخل الزوج دخولا حقيقياً بمن تزوجها زواجاً باطلا (أو فاسداً)، ترتبت على العقد باعتباره واقعة مادية بعض الآثار العرضية، من ذلك وجوب المهر على الزوج لانتفاء الحد، ووجوب العدة على الزوجة بعد التفريق بينهما إتقاء لاختلاط الانساب، وثبوت نسب الولد الذي تحمل به بعد الدخول احتياطاً لأحياء الولد وعدم ضياعه، وحرمة المصاهرة؛ أما غير ذلك من آثار الزواج الصحيح من نفقة وطاعة وتوارث وحل المتعة فلا تترتب لأن العقد باطل.

١٩٢ ـ **من له التمسك بالبطلان:** العقد الباطل في الفقه الحنفي و بالتالي في القانون المدني الاردني، يقابله العقد الباطل بطلانا مطلقا في الفقه الغربي وتبعا له في القانون المدني المصري، والنتيجة الطبيعية لهذا التشابه، إن تماثلت أحكام البطلان في كلا القانونين الأردني والمصري.

فالتمسك بالبطلان في القانونين غير قاصر على أحد طرفي العقد الباطل، بل هو جائز لكل منهما، لأن علة البطلان لا تتعلق بأحد العاقدين؛ بل ترجع إلى عدم توافر ركن من أركان العقد، أي ترجع إلى انعدام العقد انعداماً قانونياً. وما دامت علة البطلان راجعة إلى عدم قيام العقد فيجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، كما يجوز لكل ذي مصلحة التمسك به، والمقصود بذي المصلحة هنا من له حق يؤثر فيه اتخاذ العقد الباطل مظهر العقد الصحيح، وهذا هو الدائن والخلف العام والخلف الخاص.

فالدائن له مصلحة في التمسك ببطلان التصرف الصادر من مدينه، لأن مثل هذا التصرف اذا لم يتقرر بطلانه سيؤثر في الجانب الايجابي من ذمة المدين بالانتقاص منه.

والخلف العام كالوارث له مصلحة في التمسك ببطلان التصرف الصادر من المورث حتى تعود العين المتصرف فيها إلى التركة؛ والخلف الخاص كالمشتري له مصلحة في التمسك ببطلان التصرف الصادر من البائع في شأن العين المبيعة حتى تخلص له هذه العين.

أما اذا لم تستند المصلحة الى حق تؤثر فيه شبهة وجود العقد الباطل، فلا يجوز

التمسك ببطلانه، وعلى ذلك لا يجوز مثلا لجار أن يتمسك ببطلان العقد الذي يملك به
لا يجوز سماعها بعد مرور هذه المدة.
منافستها له.

١٩٣ ـ **امتناع اجازة العقد الباطل**: الاجازة ومعناها نزول المتعاقد عن حقه في طلب بطلان العقد لا تلحق العقد الباطل، لأنه عقد معدوم، أي ولد ميتا، ولذا لا يتصور احياؤه عن طريق الاجازة.

١٩٤ ـ **أثر مضي المدة على كل من الدعوى والدفع بالبطلان**: الأصل أن العقد الباطل عقد معدوم، والعدم لا يمكن بعثه، ولذا كان المنطق يقتضي جواز رفع دعوى البطلان مهما طالت المدة، ولو بعد إنقضاء مدة التقادم الطو يل، غير أن المشرع الأردني، استجابة منه للفقه الغر بي ولما أخذ به القانون المدني المصري في المادة ١٤١ منه على ما سنرى فيما بعد، من وجوب خضوع دعوى البطلان للقواعد العامة في التقادم، حماية للأمن الاجتماعي بالمحافظة على الأوضاع التي تمت واستقرت بمضي الزمن، قرر كما سبق أن ذكرنا عدم سماع دعوى البطلان بعد مضي خمس عشرة سنة من وقت العقد (م ٣/١٦٨). وليس المقصود بهذا النص أن العقد الباطل ينقلب صحيحاً بمضي هذه المدة عليه، لأنه كما سبق أن أشرنا عدم والعدم لا يمكن بعثه، وإنما يقصد به أن الدعوى التي ترفع لتقرير بطلان هذا العقد و إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد لا يجوز سماعها بعد مرور هذه المدة.

على أن عدم سماع دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد، لا يمنع من جواز الدفع بالبطلان لأن هناك اختلاف بين دعوى البطلان و بين الدفع به. فدعوى البطلان هي وسيلة المدعي، وعليه أن يستخدمها قبل مرور خمس عشرة سنة من تاريخ العقد، فان تقاعس في هذا الأمر سقط حقه فيها، فلا يجوز للبائع رفع دعوى البطلان بعد مضي هذه المدة لاسترداد المبيع من المشتري؛ أما الدفع بالبطلان فهو وسيلة المدعى عليه يدفع به دعوى المدعي، ولن يستطيع المدعى عليه استعمال حقه هذا قبل أن ترفع عليه الدعوى، ولذا لا ينقضي حقه في التمسك بهذا الدفع مهما طالت المدة، فمثلا في عقد بيع باطل، إذا لم يكن البائع قد نفذ التزامه بتسليم المبيع، ورفع عليه المشتري دعوى مطالبا بتسليم المبيع، فيستطيع دفع هذه الدعوى بالدفع بالبطلان ولو رفعت عليه دعوى تسليم المبيع بعد مضي خمس عشرة سنة من وقت العقد.

١٩٥ ـ **انتقاص العقد الباطل**: تنص المادة ١٦٩ من القانون المدني على أنه «١ ـ أذا كان العقد في شق منه باطلا بطل العقد كله إلا إذا كانت حصة كل شق معينة فانه يبطل في الشق الباطل و يبقى صحيحا في الباقي. ٢ ـ وإذا كان العقد في شق منه موقوفا، توقف في الموقوف على الاجازة: فان اجيز، نفذ العقد كله، وان لم يجز بطل هذا

الشق فقط بحصته من العوض و بقي في النافذ بحصته».

تتناول هذه المادة ما يعرف في الفقه الغربي بانتقاص العقد (reduction du contrat) والانتقاص يفترض بقاء نفس العقد مع استبعاد الشق الباطل أو الشق الموقوف، إذا كان العقد قابلا للانقسام.

وانتقاص العقد يختلف عن تحول العقد المعروف في الفقه الغربي والقانون المدني المصري على ما سنرى فيما بعد.

والمادة ١٦٩ من القانون المدني الأردني تتناول صورتين للانتقاص:

الأولى ـ إذا كان العقد باطلا في شق منه وصحيحا في شق آخر، فهل يبطل في الشقين معا أم يصح في الصحيح و يبطل في الباطل؟

الثانية ـ اذا كان العقد موقوفا في شق منه ونافذا في الشق الآخر، فهل يقف في الشقين معا، أم ينفذ في النافذ منهما، و يقف في الشق الموقوف على الاجازة؟ فان صدرت الاجازة نفذ في الكل، وان لم تصدر بطل العقد في الشق الموقوف فقط؟

أخذ المشرع الاردني في تنظيمة لانتقاص العقد برأي الصاحبين سواء في حالة بطلان شق من العقد أو توقف النفاذ في شق منه. ومعيار الانتقاص عندهما معيار موضوعي، قوامه بيان العوض لكل شطر أو عدم بيانه سواء كان شق العقد الذي يراد انتقاصه باطلا أو موقوفاً، من ذلك أنه في حالة بيع شخص شيئين في عقد واحد مع تحديد ثمن لكل منهما، فانه إذا كان أحد الشيئين لا تتوافر فيه شروط المحل، مع توافرها في الشيء الآخر، فان العقد يبطل بالنسبة للشيء الأول و يظل صحيحا بالنسبة للشيء الثاني، لأن الأمر ينطوي على صفقتين، أو بتعبير آخر أن الاتفاق يتضمن في الواقع عقدي بيع، و بطلان أحد العقدين لا يؤدي إلى بطلان العقد الآخر الذي يظل صحيحا.

وقد أخذت محكمة التمييز الأردنية بفكرة انتقاص العقد كما يعرفها الفقه الغربي، من ذلك ما قررته من أن «من المبادىء التي انعقد عليها إجماع الفقه والقضاء أن التحكيم إذا كان يقبل التجزئة بطبيعته سواء من ناحية الموضوع أو من ناحية الأطراف، وظهر أن شقاً منه باطل فان البطلان ينحصر في هذا الشق ولا يمتد إلى «الشق الآخر»؛ **بل ومن صور الانتقاص التي أشار اليها القانون المدني الأردني ما جاء في الفقرة الأولى من المادة ٦٧١ من أنه «يجب أن تكون مدة الاجارة معلومة ولا يجوز أن تتجاوز ثلاثين عاماً فاذا عقدت لمدة أطول ردت الى ثلاثين عاماً».**

ثانيا ـ العقد الفاسد

١٩٦ ـ **النص القانوني :** تنص المادة ١٧٠ من القانون المدني الأردني على أن «١ ـ العقد الفاسد هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه فاذا زال سبب فساده صح، ٢ ـ ولا يفيد الملك في المعقود عليه الا بقبضه. ٣ ـ ولا يترتب عليه أي ثر إلا في نطاق ما تقرره أحكام القانون. ٤ ـ ولكل من عاقديه أو ورثته حق فسخه بعد اعذار العاقد الآخر».

سبق أن ذكرنا أن الفقه الحنفي انفرد عن باقي المذاهب بابتداع فكرة العقد الفاسد، وأن العقد الفاسد عند الحنفية وسط بين العقد الصحيح والعقد الباطل. فالعقد قد تكتمل له أركانه وشرائط انعقاده فينعقد، كما لو كان الايجاب والقبول صادراً ممن هو أهل له، وتوافرت في كل من المحل والسبب شروطه، ولكن صاحب ذلك وصف منهى عنه، كما لو كان المحل داخله الغرر في وجوده أو في تعيينه، أو لو تم البيع بثمن مؤجل الى أجل مجهول يؤدي إلى النزاع، أو انطوى العقد على شرط فاسد، ففي مثل هذه الحالات ينعقد العقد، ولكنه لا يكون صحيحاً بل فاسداً.

والعقد الفاسد ينقلب إلى عقد صحيح إذا زال سبب الفساد(١)، فالعقود الربوية يجوز تصحيحها بازالة الربا عنها، والعقود المقترنة بشروط فاسدة يجوز تصحيحها باسقاط هذه الشروط.

والعقد الفاسد لا يترتب عليه أي أثر الا ما يرتبه القانون، فاذا كان العقد الفاسد بيعاً فان المشتري لا يستطيع إجبار البائع على تسليم المبيع؛ ولكن لو قبض المشتري المبيع بموافقة البائع؛ فان ملكية المبيع تنتقل اليه، مع ملاحظة أن انتقال الملكية لا يتم كأثر للبيع الفاسد بل كأثر لواقعة القبض، ولذا فان المشتري يلزم بقيمة المبيع لا بثمنه المتفق عليه، وأنه اذا هلك بعد القبض تحمل المشتري تبعة الهلاك وضمن المبيع بقيمته(٢).

والجزاء على فساد العقد هو حق كل متعاقد من المتعاقدين أو ورثته من بعده في طلب فسخ العقد بعد إعذار العاقد الآخر؛ غير أن حق الفسخ هذا لا يثبت الابشرطين هما:

---

١. انظر تمييز حقوق في ٣٠/٦/١٩٨٠ وقد جاء فيه «إن الاجارة الفاسدة تعتبر نافذة اذا اقرها صاحب المصلحة... وان استلام المالك الاجرة المخفضة عن فترة سابقة في الاجارة الفاسدة يعتبر إجارة منه وموافقة على اعتبار الاجارة منعقدة على الأجر المخفض وبأثر رجعي. (مجلة نقابة المحامين ١٩٨١ س ٢٩ عـ ٥ ـ ٨ رقم ٢٦٣/٨٠ ص ٦٠٠).

٢. المرحوم الشيخ احمد ابراهيم، الالتزامات في الشريعة الاسلامية، ص ١٨٤.

أولا ـ بقاء المعقود عليه ـ كالمبيع ـ على ما كان عليه قبل القبض، فلو تغير شكله بأن كان خيوطا فنسجها المشتري بعد القبض، أو حبو با فطحنها، أو هلك المبيع أو استهلك، امتنع الفسخ لاستحالة رد المبيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع.

ثانيا ـ عدم تعلق حق الغير بالمعقود عليه، ضماناً لاستقرار المعاملات وحماية للغير حسن النية، بمعنى أنه لو قام المشتري بعقد فاسد بالتصرف في المبيع لآخر بأن باعه بيعا صحيحا أو وقفه، امتنع رد المبيع و بالتالي امتنع طلب الفسخ.

ثالثا ـ العقد الموقوف

١٩٧ ـ **حالات العقد الموقوف** : تنص المادة ١٧١ من القانون المدني الأردني على أنه «يكون التصرف موقوف النفاذ على الاجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره أو من مالك في مال له تعلق به حق الغير أو من ناقص الأهلية في ماله وكان تصرفا دائراً بين النفع والضرر أو من مكره أو اذا نص القانون على ذلك».

والعقد الموقوف عقد صحيح إلا أنه لا يرتب آثاره، بل تظل هذه الآثار موقوفة إلى أن ينقضي العقد فيبطل أو تلحقه الاجازة فينفذ أي أن العقد أو التصرف الموقوف له وجود قانوني في فترة وقفه لأنه انعقد صحيحاً، ولكن لا تترتب عليه آثاره في خلال هذه الفترة بالرغم من توافر هذا الوجود القانوني.

والتصرف الموقوف أي غير النافذ، تصرف صحيح كما قلنا، لأنه استكمل شروط انعقاده وصحته، ولكن تنقصه إحدى الولايتين : الولاية على محل العقد أو الولاية على نوع التصرف.

والولاية على محل العقد تتحقق بأن يثبت للمتعاقد حق الملك في المحل أو النيابة عن المالك؛ وقد تحفظت المادة ١٧١ بألا يتعلق بالمحل حق الغير، وهو تحفظ محل نظر!!

ففيما يتعلق بشرط الملك أو الولاية على المحل، يجب في العقد الصحيح النافذ في الشريعة الاسلامية وفي القانون المدني الاردني، أن يصدر من مالك أو من غير مالك ولكن له ولاية إصداره كالولي أو الوصي أو الوكيل في حدود نيابته. وعلى ذلك اذا صدر التصرف في مال الغير ممن لا ولاية له عليه كالفضولي، كان التصرف غير نافذ في حق صاحب المال، وإن كان صحيحا لوجود المحل؛ كذلك الأمر اذا تجاوز النائب حدود نيابته، فان التصرف يكون صحيحاً ولكن غير نافذ في مواجهة الأصيل.

أما فيما يتعلق بالتحفظ الذي أتت به المادة ١٧١ مدني أردني نقلا عن الفقه الاسلامي، وهو ألا يتعلق بالمحل حق للغير، حتى يكون التصرف الصادر ممن له ولاية

على المحل نافذاً، بألا يكون مرهونا أو مؤجراً مثلا كما تقول المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني؛ فان كان كذلك أي كان مرهونا أو مؤجراً فان العقد ينعقد صحيحا إلا أنه يكون موقوفا على إجازة الدائن المرتهن أو المستأجر(١). هذا القول للأسف لا يتفق وأحكام القانون المدني الاردني. ذلك أن بيع الشيء المرهون هو بيع صحيح ونافذ فيما بين البائع والمشتري، غاية الأمر أن هذا البيع لا يمس حقوق الدائن المرتهن، بمعنى أن المبيع يدخل ذمة المشتري محملا بالرهن، وهو ما نصت عليه صراحة المادة ١٣٣٥ مدني أردني بقولها «للراهن أن يتصرف في عقاره المرهون رهناً تأمينياً دون أن يؤثر ذلك على حقوق المرتهن».

كذلك الأمر بالنسبة للايجار، فللمالك المؤجر أن يتصرف في العين المؤجرة بالبيع؛ و يكون هذا البيع صحيحا ونافذا فيما بين البائع والمشتري دون المساس بحق المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة، وهذا الحكم مستفاد صراحة من المادة ٦٩١ مدني أردني التي تقضي بأنه «اذا بيع المأجور بدون اذن المستأجر يكون البيع نافذاً بين البائع والمشتري ولا يؤثر ذلك على حق المستأجر».

أما فيما يتعلق بالولاية على نوع التصرف، فقد يصدر التصرف من ناقص الأهلية في ماله، و يكون هذا التصرق دائراً بين النفع والضرر كالبيع، وفي هذه الحالة يعتبر التصرف موقوفاً على اجازة الولي أو الوصي أو على إجازة ناقص الأهلية بعد اكتمال أهليته. وناقص الأهلية كما نعلم هو الصبي المميز ومن في حكمه وهو المعتوه المميز والسفيه وذو الغفلة.

كذلك لا ينفذ التصرف إذا انعقد تحت تأثير الاكراه الا اذا أجازه المكره أو ورثته صراحة أو دلالة بعد زوال الاكراه (م ١٤١ مدني أردني).

أخيراً قد ينص القانون على عدم نفاذ بعض التصرفات، من ذلك الوصية فيما زاد عن حد الايصاء الشرعي، فانها تعتبر موقوفة على إجازة الوارث الذي أضرت به.

١٩٨ ــ **المقارنة بين العقد الموقوف والعقد القابل للابطال:** رأينا أن العقد يكون موقوفاً في الشريعة الاسلامية وتبعاً لها في القانون المدني الاردني اذا كانت تنقصه إحدى الولايتين: الولاية على التصرف والولاية على المحل، أي عقد ناقص الأهلية، والتصرف في مال الغير.

أما العقد القابل للابطال ــ فهو كما سنرى عند بحث نظرية البطلان ــ هو

---

١. المذكرات الايضاحية، جـ١، ص ١٩٢.

العقد الصادر من ناقص الأهلية في الاعمال الدائرة بين النفع والضرر، والعقد الصادر ممن شاب إرادته عيب من عيوب الرضا (وليس فقط الاكراه كما هو شأنه بالنسبة للعقد الموقوف)، وأخيراً عقد بيع ملك الغير.

العقد الموقوف والعقد القابل للابطال كلاهما صحيح، إلا أن العقد الموقوف لا يرتب آثاره إلا إذا لحقته الاجازة ممن يملكها، أما العقد القابل للابطال فانه يرتب آثاره حتى يقض ببطلانه، فاذا قضي ببطلانه الحق بالعقد الباطل بطلانا مطلقا، وتعين إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.

فكرة العقد الموقوف تفضل فكرة العقد القابل للابطال في أن العقد الذي يشو به نقص في الاهلية أو عيب في الرضا أو انعدام الولاية على المحل، يحسن أن يقف حتى تلحقه الاجازة، فهذا أفضل من أن ينفذ و يرتب آثاره حتى يطلب إبطاله، وذلك تلافياً للتعقيدات التي تنشأ عند ابطال العقد بعد نفاذه.

١٩٩ ـ **المقارنة بين العقد الموقوف والعقد الفاسد**: رأينا أن العقد الموقوف هو عقد صحيح ولكن لا تترتب عليه آثاره حتى تلحقه الاجازة، والاجازة ليست ضرورية لتصحيح العقد، لأن العقد الصحيح منذ بداية التعاقد، ولكنها ضرورية لكي تفك الآثار من عقالها فتترتب على التصرف. والآثار التي تترتب على التصرف كالبيع هي آثاره الأصلية، ولذا فان المشتري يلزم عند الاجازة بأداء الثمن المتفق عليه لا بأداء قيمة المبيع.

أما العقد الفاسد فانه لا يترتب عليه أي أثر إلا ما يرتبه القانون، وعلى ذلك اذا كان العقد الفاسد بيعاً وقبض المشتري المبيع، فإن الملكية لا تنتقل إليه كأثر للبيع الفاسد بل كأثر للقبض، ولذا فان المشتري يلزم بقيمة المبيع لا بثمنه، كما سبق أن رأينا.

٢٠٠ ـ **إجازة العقد الموقوف**: تنص المادة ١٧٢ على أنه «تكون إجازة العقد للمالك أو لمن تعلق له حق في المعقود عليه أو للولي أو الوصي أو ناقص الأهلية بعد اكتمال أهليته أو للمكره بعد زوال الاكراه أو لمن يخوله القانون ذلك».

ينفذ العقد الموقوف، أي يرتب آثاره اذا أجازه من له الحق في الاجازة، وهذا هو مالك الشيء إذا كان التصرف صادراً من فضولي، فبالاجازة يصبح التصرف نافذا في مواجهة المالك، أو هو الولي أو الوصي أو ناقص الأهلية بعد اكتمال أهليته اذا كان التصرف الصادر من هذا الأخير دائراً بين النفع والضرر، أو هو المكره بعد انقطاع الاكراه، أو هو من خوله القانون هذا الحق كالوارث بالنسبة للوصية الصادرة من المورث فيما زاد عن حد الايصاء المسموح به شرعا(١).

---

١. يتعلق حق الورثة بثلثي التركة اذا كانت الوصية لغير وارث، و يتعلق بكل التركة اذا كانت الوصية لوارث؛ أما في مصر فقد سوى قانون الوصية بين الوارث وغير الوارث، فلا يتعلق حق الورثة في الحالتين الابثلثي التركة.

أما من تعلق له حق في المعقود عليه كالدائن المرتهن والمستأجر، فقد رأينا أن البيع الصادر من المدين الراهن أو من المؤجر في شأن العين المرهونة أو المؤجرة، هو بيع صحيح ونافذ فيما بين البائع والمشتري دون توقف على إجازة أحد، دون مساس بحق الدائن المرتهن أو المستأجر (م ١٣٣٥ و٦٩١ مدني أردني). ولذا يكون ما ورد بالنسبة لتقرير الاجازة لمن تعلق له حق في المعقود عليه محل نظر!!

٢٠١ ـ **شروط الاجازة:** تنص المادة ١٧٤ على أنه «يشترط لصحة الاجازة قبول التصرف للاجازة وقت صدوره ووقت الاجازة ووجود من لهم الاجازة وطرفي العقد والمتصرف فيه وبدله إن كان عيناً وقت الاجازة».

ظاهر من هذه المادة أنه يشترط لصحة الاجازة توافر الشروط الآتية:

أولا ـ قبول التصرف للاجازة وقت صدوره بألا يكون باطلا مثلا؛ فلو صدر من ناقص الأهلية تصرف لا يملكه وليه كان التصرف باطلا فلا تلحقه الاجازة؛ وكذلك يجب أن يقبل التصرف الاجازة وقت صدورها، فلو ملك الفضولي الشيء الذي تصرف فيه بعد صدور الاجازة، فان التصرف سيكون نافذاً دون حاجة لها.

ثانيا ـ وجود أطراف التصرف الثلاثة وقت صدور الاجازة كالفضولي والمشتري والمالك، فلو توفي أحدهم قبل أن تصدر الاجازة من المالك، لم تصح الاجازة، لأن هذا الحق لا ينتقل إلى الورثة(١)، كل هذا مع ملاحظة ما في اشتراط هذا الشرط بالنسبة للمكره من تناقض بين المادة ١٧٤ والمادة ١٤١ التي تعطي ورثة المكرة حق إجازة التصرف الذي اكره عليه مورثهم !!!

ثالثا ـ بقاء الشيء محل التصرف حتى وقت الاجازة؛ ففي بيع الفضولي اذا هلك المبيع قبل إجازة المالك، لا تصح الاجازة، وإذا هلك في يد المالك تحمل تبعة هذا الهلاك، إما إذا هلك بعد تسليمه إلى المشتري، فالمالك بالخيار: إن شاء ضمن الفضولي وإن شاء ضمن المشتري على أساس المسؤوليه التقصيرية، لأنه لم يرتبط بأيهما برباط عقدي.

رابعاً ـ قيام البدل لو كان عينا كالعوض في المقايضة مع ملاحظة أن المثليات لا تهلك.

---

١. راجع فتح القدير جـ٥، ص ٣١٢ ـ ٣١٣.

خامسا ـ أن يكون للتصرف مجيز وقت صدوره ووقت الاجازة، وقد يكون المجيز وقت صدور الاجازة غير المجيز وقت انعقاد التصرف، فيكون هناك ولي يملك الاجازة عند انعقاد التصرف، ثم لا يكون هو المجيز، بل يجيز التصرف ناقص الأهلية عند اكتمال أهليته.

وخلاصة القول أنه يشترط لصحة الاجازة توافر عناصر التصرف من عاقدين ومحل ومجيز وقت صدور الاجازة ووقت انعقاد التصرف؛ أما اشتراط توافرها وقت صدور الاجازة فلأن الاجازة لها حكم الانشاء، ولا يتحقق الانشاء بدون العاقدين ومحل العقد، لذلك كان توافرها شرطاً لثبوت الحق في الاجازة(١).

أما اشتراط توافرها وقت انعقاد التصرف، فلأن للاجازة أثر يستند إلى وقت صدور التصرف، وما دام أن العقد اذا اجيز يعتبر نافذاً من وقت انعقاده لزم أن تكون عناصر النفاذ متواجدة في هذا الوقت.

و يحسن هنا في التعليق على اشتراط قيام كل عناصر التصرف بالعاقدين والمحل والمجيز وقت صدور الاجازة ووقت صدور التصرف، حتى تعتبر هذه الاجازة صحيحة، أن نورد ما قاله استاذنا المرحوم السنهوري في هذا المقام تعليقاً على أحكام المذهب الحنفي في هذا الشأن.

يقول الاستاذ الكبير «غلبت مقتضيات الصناعة الفقهية عند تحديد شروط الاجازة، فقد رأينا أنه يجب لصحة الاجازة في الفقه قيام الأطراف الثلاثة وقيام المبيع وقت صدور التصرف ووقت الاجازة، ذلك لأن الاجازة في الفقه الاسلامي لها حكم الاستناد من وجه، ومن ثم وجب توافر الشرط وقت صدور التصرف وهو الوقت الذي تستند إليه الاجازة؛ ولها حكم الانشاء من وجه، ومن ثم وجب أيضا توافر الشرط وقت صدورها، ففي هذا الوقت بدأ وجودها.

ولكن هذه النظرة الصناعية المحضة نظرة ضيقة فهي لا تسمح باجازة العقد لو مات أحد الأطراف الثلاثة وحل ورثته محله، ولا تسمح باجازة العقد بعد هلاك المحل. وقد تدعو الحاجة إلى إجازة العقد بعد موت أحد الأطراف الثلاثة أو بعد هلاك المحل فتقف الصناعة الفقهية دون ذلك من غير مبرر، وكان الأولى أن يجعل للاجازة حكم الاستناد دون حكم الانشاء، فيكتفى باشتراط قيام الأطراف الثلاثة وقيام المحل وقت صدور التصرف دون وقت صدور الاجازة»(٢).

---

١. الكاساني جـ٥ ص ١٤١. وانظر المذكرات الايضاحية جـ١ ص ١٩٦، وما بعدها.

٢. عبد الرزاق السنهوري،مصادر الحق في الفقه الاسلامي، جـ٤، ص٣٠٨.

٢٠٢ ـ **كيفية التعبير عن الاجازة** : تنص المادة ١٧٣ أنه «١ ـ تكون الاجازة بالفعل أو بالقول أو بأي لفظ يدل عليها صراحة أو دلالة. ٢ ـ و يعتبر السكوت إجازة إن دل على الرضا عرفا».

الاجازة تعبير عن الارادة ولذلك يصدق عليها ما يصدق على كل تعبير عن الارادة من جواز أن يكون بالقول صراحة أو ضمناً، أو بالفعل، أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود، وأخيراً بالسكوت الملابس، والسكوت الملابس قد يقضى به العرف، ولم يكن المشرع الاردني في حاجة إلى تكرار هذا الحكم لأن في القواعد العامة ما يغني عنه(١).

ومن قبيل الاجازة بالفعل قيام المالك في بيع الفضولي بتسليم المبيع الى المشتري أو استيفاء الثمن منه، ومن قبيل الاجازة المستفادة من السكوت قبض المشتري من الفضولي المبيع، بحضرة مالك المبيع، فيسكت

هذا و يعتبر إيراد أحكام المادة ١٧٣ في تبيان كيفية التعبير عن الاجازة، هو من قبيل التزيد الذي لا داعي ولا موجب له.

وعبء اثبات الاجازة على الطرف الذي له مصلحة في التمسك بها، أي على المتعاقد الآخر، وله أن يثبت صدور الاجازة بجميع طرق الاثبات.

٢٠٣ ـ **أثر الاجازة** : تنص المادة ١٧٥ على أنه «١ ـ إذا اجيز التصرف الموقوف نفذ مستنداً الى وقت صدوره واعتبرت الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، ٢ ـ وإذا رفضت الاجازة بطل التصرف».

للاجازة اذا اجتمعت لها شروطها أثر يستند الى وقت التصرف، بمعنى أن آثار العقد تعتبر مترتبة من وقت انعقاده وليس فقط من وقت صدور الاجازة، فاجازة بيع الفضولي بمعرفة المالك يجعله نافذا في حق هذا الآخير من وقت صدوره، لأنه بالاجازة يعتبر الفضولي بمنزلة الوكيل، وهذا هو معنى اصطلاح الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

وليس هناك وقت محدد يتعين أن تصدر الاجازة خلاله بحيث يعتبر التصرف بانقضائه مجازاً أو غير مجاز(٢)، بل يظل موقوفا حتى يعلن من له حق الاجازة اجازته، أو يرفضها فيبطل التصرف.

---

١. راجع تمييز حقوق في ١٩٨١/١٢/١٠ مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٨٢ س ٣٠ عـ٥ ـ٨ رقم ٨١/٦٤٥ ص ٦٣٧.

٢. في مذهب الامام مالك إذا حصل التصرف في ملك الغير بدون إذنه، وسكت المالك عاما من وقت علمه بالتصرف، اعتبر سكوته إجازة (المرحوم الاستاذ السنهوري، المرجع السابق جـ٤ ص ٣٠٧).

رابعا ـ العقد غير اللازم

٢٠٤ ـ **تعريف العقد غير اللازم :** العقد غير اللازم أو الجائز ـ كما يطلق عليه بعض الفقهاء ـ هو ما يستطيع كل طرف من طرفيه أو أحدهما فقط أن يتحلل منه و يفسخه دون توقف على رضا الطرف الآخر. وقد نصت المادة ١٧٦ على العقد غير اللازم بقولها «١ ـ يكون العقد غير لازم بالنسبة إلى أحد عاقديه أو لكليهما رغم صحته ونفاذه إذا شرط له حق فسخه دون تراض او تقاض. ٢ ـ ولكل منهما أن يستقل بفسخه إذا كان بطبيعته غير لازم بالنسبة إليه أو شرط لنفسه خيار فسخه».

وقد كان المكان الطبيعي لدراسة عدم لزوم العقد هو عند البحث في فسخ العقد، غير أننا آثارنا التعرض لها هنا استكمالا لمراتب انعقاد العقد وتدرجها كما وضعها الفقه الاسلامي، وكما تناولها المشرع الاردني، حتى تكتمل صورتها أمام الباحث.

والعقد غير اللازم هو عقد اجتمعت له كافة عناصر الانعقاد والصحة والنفاذ، الا أنه يجوز فسخه إما لأنه بطبيعته غير لازم كالوديعة بدون أجر (م ١/٨٩٢ مدني)؛ وإما لأن أحد العاقدين قد ثبت له خيار الرجوع كما في الغلط (م ١٥٣ مدني)، أو ثبت له خيار الشرط (م ١/١٧٩ مدني) أو خيار الرؤية (م ١٨٦ مدني)، أو خيار التعيين إذا كان المعقود عليه أحد شيئين أو أشياء ثلاثة (م ١٨٩ مدني)، أو خيار العيب (م ١٩٣ مدني).

وعدم اللزوم قد يثبت لكل من المتعاقدين وقد يثبت لأحدهما فقط دون الآخر. ومن الأمثلة على العقود التي يثبت فيها حق الفسخ لكل من الطرفين :

الهبة : إذ تنص المادة ٥٧٦ مدني على أن «١ ـ للواهب أن يرجع في الهبة قبل القبض دون رضا الموهوب له. ٢ ـ وله أن يرجع بعد القبض بقبول الموهوب له فان لم يقبل جاز للواهب أن يطلب من القضاء فسخ الهبة والرجوع فيها متى كان يستند إلى سبب مقبول ما لم يوجد مانع من الرجوع».

الاعارة : إذ تقضي المادة ٧٦٣ بأن «الاعارة عقد غير لازم ولكل من الطرفين انهاؤه متى شاء ولو ضرب له أجل».

الوكالة : إذ تقرر المادة ٨٦٣ بأن «للموكل أن يعزل وكيله متى أراد الا اذا تعلق بالوكالة حق للغير أو كانت قد صدرت لصالح الوكيل فانه لا يجوز للموكل أن ينهيها أو يقيدها دون موافقة من صدرت لصالحه». كما تنص المادة ٨٦٥ على أنه «للوكيل أن يقيل نفسه من الوكالة التي لا يتعلق بها حق الغير.... الخ».

الوديعة بدون أجر: إذ تنص المادة ١/٨٩٢ على أن «لكل من المودع والمودع لديه فسخ العقد متى شاء على ألا يكون الفسخ في وقت غير مناسب.

ومن الأمثلة على العقود التي يكون فيها لأحد الطرفين دون الآخر فسخ العقد الرهن، سواء أكان رهناً تأمينياً أم رهناً حيازياً. إذ تنص المادة ١٣٦٨ على أنه «ينقضي الرهن التأميني إذا تنازل الدائن المرتهن عنه تنازلا موثقا، وله أن يتنازل عن حق الرهن مع بقاء الدين».

كما تنص المادة ١٤٢٠ بأنه «ينقضي الرهن الحيازي أيضا بتنازل الدائن المرتهن عن حقه في الرهن صراحة أو دلالة».

المبحث الثاني
مراتب انعقاد العقد في القانون المدني المصري والفقه الغربي

٢٠٥ ـ **خطة الدراسة** : لما كانت أحكام القانون المدني المصري مأخوذة أساسا من الفقه الغربي و بخاصة الفقه الفرنسي، تعين علينا قبل أن نعرض لهذه الأحكام أن نتناول ولو في عجالة مراتب العقد كما عرفها هذا الفقه.

المطلب الأول
مراتب العقد في الفقه الغربي

٢٠٦ ـ **الصحة والبطلان المطلق والبطلان النسبي**(١): يفرق شراح الفقه الغربي عادة فيما يتعلق بالعقد بين ثلاث حالات هي: الصحة والبطلان المطلق (nullité absolue) والبطلان النسبي (nullité relative).

والحالة الأولى أو المرتبة الاولى هي حالة ما اذا توافرت للعقد جميع أركانه من رضاء ومحل وسبب وشكل اذا كان من العقود الشكلية والتسليم اذا كان من العقود العينية، وتوافر في كل ركن من هذه الأركان الشروط التي يتطلبها القانون.

والحالة الثانية وهي حالة البطلان المطلق وتتحقق إذا نقص العقد ركن من أركان انعقاده بأن كان الرضا معدوما، أو كان المحل مستحيلا أو غير معين أو غير مشروع، أو كان سبب الالتزام متخلفا أو سبب العقد غير مشروع أو كانت الشكلية غير متوافرة حيث يتطلب القانون توافرها، وكذلك اذا لم يتم تسليم المحل وكان العقد عينيا.

والحالة الثالثة هي حالة البطلان النسبي أو القابلية للابطال، وتتحقق إذا نقص العقد شرطا من شروط الصحة بأن كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية أو كانت إرادته معيبة بعيب من عيوب الرضا وهي في القانون المدني المصري الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال.

---

١. يراجع في نظرية البطلان : «بنكاز» ملحق «بودرى» جـ٣ بند ١ وما بعده ـ «بغوار» ص ٦٤٦ وما بعده ـ «اهرنج» اعماله المختارة جـ٢ ص ٣ وما ابعدها ـ «لوتز سكو» رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ ـ «دي سوتو» في بطلان القرارات الادارية رسالة من باريس سنة ١٩٤٢.

غير أننا إذا دققنا النظر في هذا التقسيم نجد أنه لا توجد في الواقع إلا حالتان هما حالة الصحة وحالة البطلان المطلق، ذلك أن العقد الباطل بطلانا نسبيا يأخذ حكم العقد الصحيح وتترتب عليه كافة آثاره القانونية حتى يتمسك بالبطلان من شرع هذا البطلان لمصلحته وهو ناقص الأهلية أو من شاب رضاه عيب، فاذا تقرر البطلان زالت جميع الآثار القانونية التي ترتبت على هذا العقد وانعدم انعداماً أصلياً بأثر رجعي، ولا يكون هناك ثمة فرق بينه و بين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً من بادىء الأمر.

غير أن رد حالات البطلان الى حالة واحدة وهي حالة البطلان المطلق وإن كان يتفق والمنطق القانوني، إلا أنه لا يطاوع الصياغة الفنية التي تقتضي التفرقة بين نوعي البطلان نظراً لما يتميز به كل منهما من خصائص : من ذلك أن العقد الباطل بطلانا مطلقا هو والعدم سواء، ولذا لا يرد عليه التقادم ولا تصححه الاجازة ولا حاجة إلى حكم بتقرير بطلانه، واذا رفع الأمر به إلى القضاء فلكل ذى مصلحة التمسك ببطلانه، كما أن للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

أما العقد الباطل بطلانا نسبياً أي القابل للابطال فهو عقد مرتب لكافة آثاره القانونية حتى يقضى ببطلانه، ولذا لا يجوز للمحكمة أن تقضي بابطاله من تلقاء نفسها، بل يجب أن يطلب ذلك من تقرر الابطال لصالحه وهو ناقص الأهلية أو من شاب رضاه عيب، هذا ما لم يكن قد أجاز العقد أو انقضى حقه في طلب ابطاله بالتقادم.

٢٠٧ ـ **البطلان المطلق والانعدام :** كانت النظرية التقليدية في البطلان تفرق بين البطلان المطلق والانعدام (inexistance) وقد ظهرت نظرية انعدام العقد بمناسبة عقد الزواج، إذ ينص القانون المدني الفرنسي صراحة على بطلان هذا العقد إذا تخلفت بعض شروطه الجوهرية، كما لو كان الزوجان من جنس واحد أو كما لو تولى إجراء الزواج من ليست له صفة في اجرائه، ولما كان الفقه وقت وضع القانون متمسكا بقاعدة ألا بطلان بدون نص، فقد وضع نظرية الانعدام ليواجه أمثال هذه الحالات، **غير أنه في الحقيقة لا فرق بين انعدام العقد و بطلانه بطلاناً مطلقاً، ففي الحالتين لا يرتب العقد أي أثر بوصفه عملا قانونياً.**

والآن وقد حددنا البطلان بنوعيه فيجب أن نميز بينه و بين الأوضاع التي قد تشتبه به كعدم النفاذ والفسخ.

٢٠٨ ـ **البطلان وعدم النفاذ :** البطلان كما سبق أن ذكرنا هو الجزاء على عدم توافر أركان العقد أو شروط صحته، وهذا الجزاء يتمثل في عدم التزام العاقد بالآثار

التي كان من المفروض أن يرتبها هذا العقد الباطل أو الذي قضي بابطاله.

أما عدم النفاذ (inopposabilité) فالمقصود به عدم جواز الاحتجاج بالعقد ولو كان صحيحا في مواجهة الغير، أي عدم سريانه في حق الغير. ومن أمثلة عدم النفاذ إغفال اجراءات شهر العقد اللازمة لامكان الاحتجاج به على الغير كعدم تسجيل عقد بيع العقار(١).

والبطلان إذا كان مترتبا على عدم توافر صحة العقد، يرتفع عن طريق الاجازة (confirmation).

أما عدم النفاذ فينتفي عن طريق إقرار الغير للعقد (ratification)، كاقرار بيع ملك الغير بمعرفة المالك الحقيقي(٢).

هذا و يلاحظ الاختلاف بين عدم نفاذ التصرف في الفقه الغربي بالمعنى السابق ذكره، و بين عدم النفاذ في الفقه الاسلامي، فعدم النفاذ في الفقه الآخير قد يكون بالنسبة للغير كالمالك في حالة تصرف الفضولي، وقد يكون بالنسبة لنفس المتعاقد كما في حالة ناقص الأهلية إذا عقد عقداً دائراً بين النفع والضرر، وحالة المكره اذا تم العقد تحت تأثير الاكراه، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في العقد الموقوف.

٢٠٩ ـ **البطلان والفسخ :** يتفق البطلان مع الفسخ في الأثر المترتب على كل منهما وهو انعدام الرابطة التعاقدية، ولكنهما يختلفان من حيث علة كل منهما في الفقه الغربي، فالبطلان هو جزاء عدم توافر ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته؛ أما الفسخ فهو جزاء عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه، ولذا لا يكون إلا في العقود التبادلية.

---

١. يعتبر عقد بيع العقار في القانون المدني المصري عقداً رضائيا، أما شهر العقد عن طريق التسجيل فهو لازم فقط لانتقال ملكية العقار سواء فيما بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير (راجع كتابنا العقود المسماة ـ شرح عقدي البيع والمقايضة سنة ١٩٧٣ بند ١٤٠ وما بعده).

٢. المرجع السابق بند ٣١٦.

المطلب الثاني
مراتب العقد في القانون المدني المصري
(نظرية البطلان)

٢١٠ ـ **منهج البحث** : لما كان العقد في الفقه الغربي وتبعا له في القانون المدني المصري إما صحيحا وإما باطلا سواء أكان مطلق البطلان أو نسبي البطلان، تعين دراسة نظرية البطلان من حيث : أولا تقرير البطلان، ثانيا ما يتخلف من آثار بالرغم من تقرير البطلان.

أولا ـ تقرير البطلان

٢١١ ـ **اختلاف نوعي البطلان** : رأينا أن البطلان المطلق يختلف عن البطلان النسبي في أن العقد الباطل يعتبر في حكم العدم، لهذا لا يرتب مثل هذا العقد أثراً. ولا تلحقه الاجازة، ولا يرد عليه التقادم، وأن لكل ذي مصلحة التمسك ببطلانه، وأن للمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها؛ على حين أن العقد القابل للابطال له وجوده القانوني، ولذا تترتب عليه آثاره حتى يتقرر بطلانه بناء على طلب من له التمسك بالبطلان، ما لم يكن قد انقضى حقه في ذلك بالاجازة أو التقادم.

وسنتناول دراسة أوجه الاختلاف السابقة، فنتكلم في التمسك بالبطلان وكيفية تقريره، والآثار المترتبة عليه، ثم في الاجازة، وأخيراً في التقادم.

٢١٢ ـ **التمسك بالبطلان** : تنص المادة ١٤١ من التقنين المدني المصري في فقرتها الأولى على أنه «اذا كان العقد باطلا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالاجازة». وتقضي المادة ١٣٨ منه بأنه «إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق».

وسنتناول في شرح هاتين المادتين بحث كيفية تقرير البطلان وبيان من له التمسك به : أولا بالنسبة للعقد الباطل، وثانياً بالنسبة للعقد القابل للابطال.

٢١٣ ـ **العقد الباطل** : الأصل أن العقد الباطل عقد معدوم ولذا لا حاجة الى استصدار حكم من القضاء لتقرير بطلانه، وما على صاحب المصلحة في التمسك ببطلانه إلا أن يصدر في تصرفاته على هذا الأساس. غير أن هذا الحكم وإن كان سليما من الناحية النظرية الا أن الاعتبارات العملية كثيراً ما تدعو إلى الالتجاء الى

القضاء في شأن العقد الباطل، سواء تم ذلك في صورة دفع وهو الغالب أم في صورة دعوى. فعقد البيع مثلا إذا كان باطلا، وطالب المشتري البائع بتسليم المبيع كان للبائع دفع دعواه ببطلان البيع، أما اذا كان قد سلم المبيع و يبغي استرداده فيجب عليه رفع دعوى البطلان، مع ملاحظة أن الحكم الصادر في هذه الدعوى لا ينشىء البطلان بل يقتصر على الكشف عنه.

٢١٤ ـ **من له التمسك بالبطلان :** التمسك بالبطلان المطلق غير قاصر على أحد طرفي العقد. بل هو جائز لكل منهما، لأن علة البطلان لا تتعلق بأحد العاقدين بل ترجع الى عدم توافر ركن من أركان العقد، أي ترجع الى انعدام العقد قانونياً. وما دامت عليه البطلان راجعة الى عدم قيام العقد فيجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها. كما يجوز لكل ذي مصلحة التمسك به.

والمقصود بذي المصلحة هنا من له حق يؤثر فيه اتخاذ العقد الباطل مظهر العقد الصحيح. وهذا هو الدائن والخلف العام والخلف الخاص. وقد سبق شرح ذلك[١].

٢١٥ ـ **من له التمسك بالابطال :** العقد القابل للابطال لم يتقرر قابلية إبطاله إلا لعلة توافرت في جانب أحد المتعاقدين وهي نقص في أهليته أو عيب في رضاه، ولذا يكون لهذا المتعاقد وحده دون المتعاقد الآخر طلب إبطال العقد (م ١٣٨ مدني مصري)، واذا توفي هذا المتعاقد قبل مباشرة حقه في طلب البطلان انتقل هذا الحق إلى ورثته.

وليس لدائن هذا المتعاقد أو خلفه الخاص طلب ابطال العقد الا عن طريق الدعوى غير المباشرة، كما أنه ليس للمحكمة أن تقضي بابطاله من تلقاء نفسها.

٢١٦ ـ **تقرير البطلان بالتراضي أو التقاضي :** يتم تقرير بطلان العقد القابل للابطال بالتراضي أو التقاضي. و يشترط في حالة التراضي أن تتوافر الأهلية في كل من المتعاقدين، فاذا لم يتم التراضي فلا يجوز لمن له الحق في التمسك بالبطلان أن يستقل باعلانه بارادته المنفردة؛ بل يتعين عليه الالتجاء إلى القاضي للحصول على حكم بابطال العقد. وحكم القاضي يعتبر منشئاً للبطلان لا كاشفا له كما هو الأمر بالنسبة للبطلان المطلق، وإن كان أثر هذا الحكم يستند إلى الماضي. ومتى تثبت القاضي من علة الابطال تعين عليه الحكم به، إذ ليست له فيما يتعلق بالبطلان السلطة التقديرية التي له فيما يتعلق بالفسخ.

---

١. راجع بند١٩٢

ثانيا ـ أثر تقرير البطلان

٢١٧ ـ **النص القانوني :** تنص المادة ١٤٢ من التقنين المدني المصري على أنه «١ ـ في حالتي إبطال العقد و بطلانه يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فاذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعو يض معادل. ٢ ـ ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية، اذا أبطل العقد لنقص أهليته، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد».

ظاهر من النص السالف الذكر أنه يترتب على بطلان العقد أو إبطاله اعتباره كأن لم يكن سواء في علاقة المتعاقدين فيما بينهما أم بالنسبة الى الغير، وعلى ذلك سنبحث أولا في أثر تقرير البطلان فيما بين المتعاقدين، ثم في أثر تقريره بالنسبة الى الغير.

٢١٨ ـ **أثر تقرير البطلان فيما بين المتعاقدين :** اذا تقرر بطلان العقد سواء كان مطلق البطلان أم قابل للابطال اعتبر العقد كأن لم يوجد، فاذا لم يكن تنفيذه قد تم من أي من المتعاقدين، اعتبر الوضع الطبيعي السابق على التعاقد قائماً بينهما، فلا دائن هناك ولا مدين؛ أما اذا كان العقد قد تم تنفيذه قبل تقرير البطلان فيجب رد المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، لأنه إذا كان تنفيذ العقد قد ترتب عليه براءة ذمة كل منهما من التزامه، فالحكم بالبطلان يلزمهما بالتزامات جديدة هي رد كل متعاقد ما تسلمه بموجب العقد الذي تقرر بطلانه، فاذا كان العقد بيعاً مثلا رد المشتري المبيع إلى البائع مع ثماره من وقت المطالبة القضائية إذا كان حسن النية، ورد البائع الثمن الذي قبضه مع الفوائد من وقت المطالبة القضائية كذلك، كل هذا مع جواز المطالبة بتعو يض على أساس المسؤولية التقصيرية.

أما اذا كان الرد مستحيلا لهلاك العين في يد المشتري، أو لأن العقد من عقود العمل وتم العمل محل العقد، أو لأن العقد من عقود المدة كالايجار وكان المستأجر قد انتفع بالعين المؤجرة قبل تقرير البطلان، وجب الحكم بتعو يض معادل، ولا يأخذ هذا التعو يض فيما يتعلق بالايجار حكم الأجرة ولذا لا يضمنه امتياز المؤجر.

والحكم بالتعو يض المعادل لا يكون، كما سبق أن ذكرنا، الا إذا كان الرد مستحيلا، فان كان ممكنا فلا يجوز العدول عنه إلى غيره.

٢١٩ ـ **استثناءان من قاعدة وجوب رد المتعاقدين الى حالتهما قبل**

التعاقد : ذكرنا أنه يترتب على تقرير البطلان اعتبار العقد كأن لم يكن وإعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وأن من مقتضى ذلك التزام كل طرف برد ما تسلمه الى الطرف الآخر. غير أن هذه القاعدة يرد عليها استثناءان أحدهما خاص بنقص الأهلية والآخر خاص بمخالفة الالتزام للآداب، وسنبحث فيما يلي في كل من هذين الاستثناءين.

٢٢٠ ـ **الاستثناء الأول ـ حالة نقص الأهلية :** نص المشرع على هذه الحالة في المادة ١/١٤٢ مدني بقوله «ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد». ومن مقتضى هذا النص أنه إذا أبطل العقد كالبيع مثلا لنقص أهلية البائع، التزم المشتري برد المبيع، أما البائع ناقص الأهلية فلا يلزم برد الثمن الذي قبضه، بل يلزم فقط برد ما عاد عليه من منفعة من قبض هذا الثمن، كما لو اشترى به عقاراً أو أنفقه في تعليم نفسه. والعلة في هذا أن القاصر قد يبدد الثمن الذي يقبضه فيما لا طائل تحته كالقمار مثلا، فالزامه بعد ذلك برد الثمن معناه تعجيزه عن طلب الابطال، وبذلك تصبح الحماية التي قررها له القانون، ممثلة في جواز إبطال العقد، حماية صورية.

والحكم الخاص بالتزام القاصر بالرد في حدود ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد، ما هو الا تطبيق لقاعدة عامة قررها المشرع المصري في دعوى غير المستحق ونص عليها في المادة ١٨٦ مدني بقوله «إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملزما إلا بالقدر الذي أثرى به». وحكم هذه المادة عام ولذا يطلق سواء أكان القاصر حسن النية أو سيء النية. و يذهب الشراح الى أنه ليس على القاصر اثبات انتفاء المنفعة التي عادت عليه من تنفيذ العقد، بل على الطرف إلـ .ـر إثبات مقدار ما أثرى به القاصر لكي يتمكن من الاسترداد.

٢٢١ ـ **الاستثناء الثاني ـ مخالفة الالتزام للآداب :** من القواعد المقررة في القانون الروماني أنه لا يجوز لشخص أن يلجأ إلى القضاء محتجاً بفحش صدر منه. ومن مقتضى هذه القاعدة أنه لا يجوز استرداد ما دفع تنفيذاً لالتزام مخالف للآداب، وأكثر حالات هذه القاعدة تطبيقا هو ما تعلق منها ببيوت العهارة. وقد أخذت بهذه القاعدة بعض التقنينات الحديثة كالتقنين الألماني (م ٨١٧) وتقنين الالتزامات السويسري (م ٦٦) والتقنين المدني الايطالي (م ٢٠٣٥) والمشروع الفرنسي الايطالي (٢/٢٧).أما في فرنسا ومصر فلا يوجد نص تشريعي يقرر هذه القاعدة، ومع ذلك تسير المحاكم عليها عادة بحجة أن دور القضاء لم توجد لسماع الفحش ولا لمعاونة مرتكبه، بل إن في عدم الاسترداد جزاء له على فحشه.

غير أن هذه القاعدة لم تسلم من النقد فعيب عليها:

أولا ـ أنه اذا كان لهذه القاعدة نفع فلماذا يقصر تطبيقها على العقود المخالفة للآداب فقط، ولا ينصرف حكمها إلى العقود المخالفة للنظام العام كذلك؟ وأكثر من ذلك فان القضاء الفرنسي قد اختلف في تحديد معنى الفحش. وقد ظهر اختلافه هذا بالنسبة للعقود المتعلقة بالسوق السوداء. فطبقت بعض المحاكم دون البعض الآخر القاعدة السالفة على هذه العقود.

ثانياً ـ أن محاربة الفحش لا يكون عن طريق منع الاسترداد. بل إن في هذا المسلك ما يشجع على ارتكابه.

ثالثاً ـ أن هذه القاعدة مخالفة لحكم القانون في شأن البطلان. إذ حكم القانون يقضي بالا يترتب على الالتزام الباطل أي أثر. وفي رفض الاسترداد ما يرتب أثراً على الالتزام الباطل، وقد تأثرت بعض أحكام القضاء سواء في فرنسا أو في مصر بأوجه النقد هذه، فرفضت اعمال قاعدة عدم جواز رد ما سلم بناء على التزام مخالف للآداب، كذلك رفض المشرع المصري في التقنين المدني الحالي إقرارها(١).

هذا و يلاحظ أن الفقه الاسلامي يجيز استرداد ما دفع بالمخالفة للآداب كالرشوة، لأن العقد الذي دفعت بموجبه باطل.

٢٢٢ ـ **أثر تقرير البطلان بالنسبة إلى الغير:** يقصد بالغير هنا كل من اكتسب حقا على العين محل العقد الذي تقرر بطلانه، كما لو كان العقد بيعا وتصرف المشتري في العين التي اشتراها الى شخص آخر بالبيع أو بالرهن، فاذا أبطل عقد هذا المشتري فيجب بالتالي أن يبطل العقد الصادر منه إلى المشتري الثاني أو إلى الدائن المرتهن، لأنه إذا زال حق هذا المشتري زالت بالتالي الحقوق التي ترتبت للغير بمعرفته تطبيقا لمبدأ أن فاقد الشيء لا يعطيه. غير أن هذا المبدأ تحد منه القواعد الخاصة بحماية الغير حسن النية. فاذا تعلق حق الغير بمنقول فيمكن الاستفادة من قاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية سند الملكية لحماية هذا الغير (م ٩٧٦ مدني مصري)، وإذا تعلق بعقار فيتعين حماية الغير كذلك، وهو ما فعله المشرع المصري في قانون تنظيم الشهر العقاري الصادر في ١١ أغسطس سنة ١٩٤٦، ذلك أن المادتين ١٥ و١٧ من هذا القانون توجب تسجيل دعوى البطلان أو التأشير بها على هامش تسجيل المحرر المطعون فيه. فاذا تم تسجيل دعوى البطلان أو التأشير به فلا

---

١. نصت المادة ١٩٦ من قانون الموجبات والعقود اللبناني في شأن بطلان العقد لعدم مشروعية السبب على أن «ما دفع يمكن استرداده».

يسري في مواجهة المدعى أي حق من الحقوق العينية التي قد يرتبها المدعي عليه على العقار محل العقد الباطل بعد هذا التسجيل أو التأشير، ولو كان هذا الغير حسن النية يجهل أن سند سلفه مطعون فيه.

أما قبل تسجيل دعوى البطلان أو التأشير بها، فتسري في مواجهة المدعي جميع الحقوق العينية التي رتبها المدعى عليه للغير على العقار، إذا كان هذا الغير حسن النية وشهر حقه وفقاً للقانون.(١).

ثالثاً ــ الاجازة

٢٢٣ ــ **الاجازة لا تلحق العقد الباطل :** الاجازة ومعناها نزول المتعاقد عن حقه في طلب إبطال العقد لا تلحق إلا العقود القابلة للابطال، لأن العقد القابل للابطال له وجود قانوني و يرتب كافة آثاره حتى يتقرر إبطاله فتزول هذه الآثار بأثر رجعي، أو يثبت وجوده نهائيا بنزول صاحب الحق في إبطاله عن حقه بالاجازة (م ١٣٩ مدني مصري).

أما العقد الباطل فهو عقد معدوم، أي عقد ولد ميتا لذا لا يتصور أن ترد عليه الاجازة، وفي هذا تقول المادة ١/١٤١ مدني مصري «اذا كان العقد باطلا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالاجازة»(٢).

وحكم العقد الباطل في القانون المدني الاردني (م ١٦٨) كحكمه في القانون المصري، أي يعتبر العقد معدوما ولا تلحقه الاجازة، وقد سبق بيان ذلك منذ بحث مراتب انعقاد العقد في القانون الاردني.

٢٢٤ ــ **شروط الاجازة :** يشترط في الاجازة حتى يترتب عليها أثرها من زوال العيب اللاحق بالعقد وانقضاء الحق في إبطاله الشروط الآتية :

أولا ــ أن يكون العقد من العقود القابلة للابطال لنقص في أهلية العاقد أو لعيب في رضاه أو من العقود التي قرر المشرع المصري بطلانها بطلاناً نسبياً لعلة أخرى كبيع

---

١. يراجع في هذا الموضوع كتابنا «مصادر الالتزام» ١٩٨٣ بند ٢٠٨ وما بعده.

٢. تنص المادة ٤٨٩ من القانون المدني المصري على أنه «اذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه». ونرى أن البطلان الوارد في هذه المادة بطلان من نوع خاص تصححه إجازة من نوع خاص، هي قيام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ الهبة الباطلة لعيب في الشكل (راجع كتابنا مصادر الالتزام بند ٢١١).

ملك الغير. و يلاحظ فيما يتعلق بهذا العقد الأخير أنه يصبح صحيحا في حق المشتري بالاجازة الصادرة منه، ونافذاً في مواجهة المالك الحقيقي بالاقرار (ratification) الحاصل منه.

ثانيا ـ أن يكون المجيز عالماً بالعيب اللاحق بالعقد وراغباً في تصحيحه بهذه الاجازة.

ثالثاً ـ أن تقع الاجازة (confirmation) في وقت يكون فيه العيب الذي لحق العقد قد زال، وإلا لحقها نفس العيب، وعلى ذلك لا يجوز أن تقع إجازة العقد القابل للابطال لنقص الأهلية إلا بعد بلوغ القاصر سن الرشد، ولا العقد القابل للابطال لعيب في الرضا إلا بعد انقطاع الاكراه أو انكشاف الغلط أو التدليس.

٢٢٥ ـ **صور الاجازة :** تنص المادة ١/١٣٩ مدني مصري على أنه «يزول حق إبطال العقد بالاجازة الصريحة أو الضمنية».

هذا و يلاحظ أن القانون المدني المصري لم يتطلب لصحة الاجازة شروطا كالتي تطلبها القانون المدني الاردني في المادة ١٧٤ السابق بحثها(١).

وكل تعبير عن الارادة يقصد به المجيز مباشرة تصحيح العيب اللاحق بالعقد يعتبر إجازة صريحة(٢)، والاجازة كما سبق أن ذكرنا عمل قانوني صادر من جانب واحد، ولذا فلا حاجة لقبولها من الطرف الآخر حتى يترتب عليها أثرها.

---

١. راجع بند ٢٠٠.

٢. تطلب القانون اللبناني أن تتضمن الاجازة الصريحة بيانات معينة نص عليها في المادة ١/٢٣٦ من قانون الموجبات والعقود بقوله «على أن التأييد الصريح لا يكون ذا مفعول إلا إذا كانت وثيقة التأييد تتضمن جوهر العقد والعيب الذي كان فيه ومشيئة العدول عن دعوى البطلان». غير أنه من المسلم به أن هذه البيانات مشترطة فقط للاثبات، بمعنى أنه إذا لم تكن مستوفاة فان السند المثبت للاجازة لا يعتبر دليلا كتابيا كاملا، بل يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يمكن تكملته بدليل آخر كشهادة الشهود أو القرائن؛ أو يكون الاثبات بالاقرار أو اليمين.

أما الاجازة الضمنية فتستفاد من وقائع تدل بوضوح على نية العاقد في إجازة العقد، كما لو نفذ العاقد مختاراً العقد بعد علمه بالعيب اللاحق به، بأن كان مدينا فوفى الدين أو دائنا فاستوفى الدين، أو بأن استعمل حقوقه التي اكتسبها بموجب العقد القابل للابطال، كما لو باع القاصر بعد بلوغه سن الرشد العقار الذي اشتراه حال نقص أهليته.

ولكن لا يدل على نية الاجازة مطالبة المدين بمهلة للوفاء بالدين، أو تنفيذه العقد مع تحفظه في شأن حقه في طلب الابطال، أو دفعه بوجه من وجوه البطلان وترك الوجوه الاخرى، وأخيراً لا يعتبر السكوت عن طلب البطلان مهما طالت مدته إجازة ضمنية له، إلا إذا سقط الحق بالتقادم.

وعبء إثبات صدور الاجازة يكون على الطرف الذي له مصلحة في التمسك بها، أي على الطرف الآخر، وله أن يثبت حصول الاجازة بكافة طرق الاثبات بما فيها البينة والقرائن.

٢٢٦ ـ **آثار الاجازة :** يترتب على الاجازة زوال حق المتعاقد في طلب إبطال العقد، واعتبار التصرف صحيحا من وقت صدوره لا من وقت إجازته. وفي هذا تقول المادة ١٣٩ من التقنين المدني المصري في فقرتها الثانية «وتستند الاجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير».

وظاهر من هذه المادة أنه يتعين فيما يتعلق بأثر الاجازة التفرقة بين المتعاقدين والغير.

ففيما بين المتعاقدين يكون للاجازة أثر رجعي، بمعنى أن العقد يعتبر بالنسبة لهما صحيحا من وقت انعقاده.

أما بالنسبة للغير، ولا يقصد بالغير كل أجنبي عن العقد، بل يقصد به كل من اكتسب حقا عينيا على الشيء موضوع الحق، فليس للاجازة أثر رجعي. فلو باع قاصر عقاراً له حال نقص أهليته، ثم بعد بلوغه سن الرشد وقبل إجازته البيع رهن هذا العقار، فان هذه الاجازة لا تضر بحق الدائن المرتهن بل يبقى العقار للمشتري ولكن مثقلا بحق الرهن.

والاجازة لا تتناول إلا العيب الذي قصد العاقد تصحيحه، فاذا تعددت العيوب اللاحقة بالعقد، كان للعاقد إذا أجاز عيباً منها طلب ابطال العقد لعيب آخر.

وإذا كان العقد القابل للابطال من العقود الواجبة الشهر حتى يحتج به على الغير، فلا حاجة لشهر الاجازة إذا كان هذا العقد مشهراً قبل صدورها.

رابعا ـ التقادم

٢٢٧ ـ **خضوع البطلان لقواعد التقادم**: يخضع الحق في التمسك بالبطلان للقواعد العامة في التقادم على اختلاف بين البطلان المطلق والبطلان النسبي، ولذا سنتناول أولا التقادم فيما يتعلق بالعقد الباطل، ثم التقادم فيما يتعلق بالعقد القابل للابطال.

٢٢٨ ـ **سقوط دعوى البطلان بالتقادم** : الأصل أن العقد الباطل بطلانا مطلقا عدم، والعدم لا يمكن بعثه، ولذا يجوز رفع دعوى بطلان العقد مهما طال الأمد، ولو بعد انقضاء مدة التقادم الطو يل، وقد كان هذا هو رأي فريق من شراح القانون المصري في ظل التقنين المدني القديم، إلا أنه عند وضع التقنين المدني الحالي استجاب المشرع المصري، لما سار عليه الفقه والقضاء في فرنسا من وجوب خضوع دعوى البطلان للقواعد العامة في التقادم، حماية للأمن الاجتماعي بالمحافظة على الأوضاع التي تمت واستقرت بمضي الزمن، ولذلك قرر في الفقرة الثانية من المادة ١٤١ أنه «وتسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد».

ولا يقصد بهذا النص أن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً ينقلب صحيحا بمضي هذه المدة عليه، لأنه كما سبق أن ذكرنا عدم وانعدم لا يمكن احياؤه، وإنما يقصد به أن الدعوى التي ترفع لتقرير بطلان هذا العقد وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد لا يجوز سماعها لسقوطها بالتقادم، وقد أصاب المشرع المصري في تقرير هذه القاعدة، لأنه لا محل لأن تنفرد دعوى البطلان دون سائر الدعاوى بصفة الدوام، بل يجب أن تخضع لقاعدة سقوط الدعاوى بمضي المدة القانونية، لأن هذه القاعدة مطلقة لا تستثنى منها إلا دعوى الاستحقاق التي تحمي حق الملكية، لأنه حق مؤبد.

٢٢٩ ـ **عدم تقادم الدفع بالبطلان** : تقادم دعوى البطلان بمضي خمسة عشرة سنة من تاريخ العقد، لا يمنع من جواز الدفع بالبطلان بعد انقضاء هذه المدة، ذلك أن دعوى البطلان هي وسيلة المدعي، و يتعين عليه أن يتسعملها قبل انقضاء المدة المذكورة، فان أهمل في ذلك سقط حقه فيها. أما الدفع بالبطلان فهو وسيلة المدعى عليه يدفع به دعوى المدعي، ولن يستطيع المدعى عليه استعمال حقه في هذا الدفع قبل أن ترفع عليه الدعوى، ولذا لا يسقط حقه في هذا الدفع بمضي المدة مهما طالت. مثلا في عقد بيع باطل بطلاناً مطلقا، اذا لم يكن البائع قد نفذ التزامه بتسليم المبيع، ومضت على البيع مدة خمس عشرة سنة، فلا يستطيع بعد ذلك رفع دعوى البطلان، لأنها سقطت بمضي المدة، ولكن اذا رفع عليه المشتري دعوى طالبا

تسليم المبيع، فيستطيع دفع هذه الدعوى بالدفع بالبطلان، وإذا كان البائع قد سلم المبيع الى المشتري فأحد أمرين: إما أن يرفع دعوى البطلان وإما أن يرفع دعوى الاستحقاق باعتباره مالكا، فاذا كانت مدة التقادم لم تنقض بعد فمن مصلحته رفع دعوى البطلان لأنها دعوى شخصية يسهل فيها عليه عبء الاثبات، بعكس دعوى الاستحقاق إذ هي دعوى عينية يصعب فيها الاثبات.

أما إذا كانت مدة التقادم قد اكتملت، فليس له رفع دعوى البطلان لأن المشتري سيتمسك في مواجهته بسقوط هذه الدعوى بمضي المدة، بل يتعين عليه رفع دعوى الاستحقاق لأن هذه الدعوى لا تسقط بالتقادم، و يستطيع عن طريقها استرداد المبيع ما لم يكن المشتري قد تملكه بالتقادم المكسب.

٢٣٠ ـ **العقد القابل للابطال**: تنص المادة ١٤٠ من التقنين المدني المصري على أنه «١ ـ يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات. ٢ ـ و يبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية، من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس، من اليوم الذي ينكشف فيه، وفي حالة الاكراه، من يوم انقطاعه، وفي كل حال لا يجوز التمسك بحق الابطال لغلط أو تدليس أو اكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد».

ظاهر من هذا النص أن العقد الباطل بطلانا نسبياً ـ وهو عقد موجود ومرتب لكل آثاره حتى يقضى ببطلانه ـ يجب على من له الحق في التمسك بابطاله أن يستعمل حقه في ذلك خلال المدة التي حددها القانون، فاذا انقضت هذه المدة دون أن يستعمل صاحب الحق حقه في طلب الابطال اعتبر متنازلا عن حقه، ولذا يمتنع عليه بعد ذلك أن يتمسك بالابطال بطريق الدعوى أو بطريق الدفع، ذلك أن الابطال يستند هنا إلى حق قرره المشرع للمتعاقد ناقص الأهلية او معيب الرضا واشترط أن يستعمله في مدة معينة، فان لم يستعمله في خلال هذه المدة فيفترض أنه قد تنازل عنه، فلا يستطيع بعد ذلك أن يتمسك به ولو بطريق الدفع، وهذا فرق جوهري بين البطلان المطلق والبطلان النسبي، فالدفع بالبطلان المطلق لا يتقادم، أما الدفع النسبي فينقضي بالتقادم.

وأثر التقادم بالنسبة للعقد القابل للابطال كأثر الاجازة من حيث اعتبار العقد صحيحا من وقت انعقاده، إلا أنه يختلف عنه فيما يتعلق بحقوق الغير، فقد رأينا أن الاجازة لا تؤثر على حقوق الغير فحق الارتفاق الذي يتقرر على عقار قبل إجازة البيع القابل للابطال لمصلحة البائع، لا يضر بحق صاحب العقار المرتفق، بل تبقى العين للمشتري ولكن مثقلة بهذا الحق، ولكن لو فرض أن حق البائع في طلب الابطال قد

انقضى بالتقادم وليس بالاجازة، فان الارتفاق الذي يقرره على العقار المبيع بعد البيع وقبل إنقضاء مدة التقادم، هذا الارتفاق لا يحتج به على المشتري، الذي تخلص له العين خالية من حق الارتفاق الذي يعتبر قد تقرر من غير مالك.

٢٣١ ـ **مدة التقادم :** تختلف مدة التقادم في القانون المصري باختلاف سبب الابطال، فاذا كان سبب الابطال نقص أهلية العاقد، فان الحق في التمسك بالبطلان ينقضي بمضي ثلاث سنوات من وقت اكتمال الأهلية.

وإذا كان سبب العيب اللاحق بالعقد هو الاكراه أو الغلط أو التدليس، فان دعوى الابطال تتقادم إما بمضي ثلاث سنوات من وقت انقطاع الاكراه أو انكشاف الغلط أو التدليس، وإما بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد، والعبرة في ذلك بأقصر الأجلين، فمثلا إذا كان العيب اللاحق بالعقد هو التدليس ولم ينكشف إلا بعد مضي ثلاث عشرة سنة من تاريخ العقد، فان الحق في طلب الابطال يسقط بتمام الخمس عشرة سنة كاملة، أي بمضي السنتين الباقيتين لهذه المدة، وليس بمضي ثلاث سنوات من وقت انكشافه.

هذا و يلاحظ أن المشرع المصري قد قرر بالنسبة للاستغلال مدة أقصر من المدة المقررة في شأن باقي عيوب الارادة، إذ نص في المادة ١٢٩ مدني على وجوب رفع الدعوى في خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة.

خامسا ـ ما يتخلف من آثار بالرغم من تقرير البطلان

٢٣٢ ـ **الآثار الأصلية والآثار العرضية التي تترتب بمناسبة العقد الباطل :** ذكرنا فيما سبق أن العقد الباطل، عقد منعدم يقتصر الحكم الصادر بالبطلان بالعقد الباطل على الكشف عن انعدامه، وأن العقد القابل للابطال يلحق في الحكم متى تقرر بطلانه. والقاعدة فيما يتعلق بالعقد الذي تقرر بطلانه، سواء في ذلك كان مطلق البطلان من بادىء الأمر أم كان قابلا للابطال، أنه عدم ولا يترتب عليه أي أثر، غير أنه استثناء من هذه القاعدة قد تترتب على العقد الباطل في بعض الحالات آثاره الأصلية وذلك ليس نزولا على إرادة المتعاقدين لأن العقد عدم، وإنما نزولا على حكم القانون الذي ينشد بذلك ضمان استقرار المعاملات وحماية حسن النية؛ كذلك قد تترتب بمناسبة العقد الباطل آثار عرضية ترجع إلى العقد لا بوصفه عملا قانونياً، وإنما بوصفه عملا ماديا أي واقعة قانونية.

٢٣٣ ـ صور من الآثار الأصلية : من صور العقود الباطلة التي ترتب آثارها ما نصت عليه المادة ١٠٣٤ مدني مصري من أنه «يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو الغاؤه أو زواله لأي سبب آخر، اذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن».

ومنها بقاء أعمال الادارة وعلى الأخص عقود الايجار التي لا تزيد مدتها على ثلاث سنوات، التي صدرت من المالك قبل إبطال سند ملكيته.

ومنها العقد الصوري الذي يعتبر قائماً بالنسبة للغير حسن النية بالرغم من عدم وجوده بالنسبة الى المتعاقدين (م ٢٤٤/ ١).

ومنها تطبيقات مبدأ أن الخطأ الشائع يقوم مقام القانون، كالتطبيق الخاص بالوارث الظاهر، فتصرفاته تبقى لضمان الأمن المدني في التعامل.

ومنها ما تقضي به المحاكم من عدم جواز استرداد ما دفع تنفيذاً لعقد مخالف للآداب.

٢٣٤ ـ صور من الآثار العرضية : من صور الآثار العرضية التي تترتب على العقد الباطل باعتباره واقعة قانونية الزواج الفاسد في الشريعة الاسلامية الذي سبق لنا شرحه عند الكلام في صور الآثار العرضية للعقد الباطل في القانون المدني الأردني.

غير أن من أبرز صور الآثار العرضية التي تترتب بمناسبة العقد الباطل ما يقع تطبيقا لنظريتين شائعتين الآن : وهما نظرية الخطأ عند تكوين العقد، ونظرية تحول العقد.

سادساً ـ نظرية الخطأ عند تكوين العقد

٢٣٥ ـ نظرية «ايرنج» في الخطأ عند تكوين العقد : تستند نظرية «ايرنج» في الخطأ عند تكوين العقد إلى أن كل من يدخل في علاقة تعاقدية مع آخر يلتزم في نفس الوقت أن يهيء له عقداً صحيحا، أي يلتزم بعدم ارتكاب أي خطأ أو إهمال عند التعاقد، وبعبارة أخرى أن كل عقد من العقود يتضمن في نفس الوقت عقد ضمان ضمني من شأنه التزام كل عاقد بضمان صحة العقد الذي أبرمه، وعلى ذلك إذا تقرر بطلان العقد لعدم توافر شروط المحل أو السبب أو لنقص أهلية العاقد... الخ، ألزم المتعاقد الذي وجدت علة البطلان في جانبه بتعويض المتعاقد الآخر الذي اطمأن الى

العقد، إذا كان هذا الأخير حسن النية أي يجهل علة البطلان (١).

والتعويض في هذه الحالة لا يكون عن المصلحة الايجابية (intéret positif) لأن العقد ليس صحيحا، وإنما يكون عن المصلحة السلبية (intéret negatif) أي عن الضرر الذي أصاب المتعاقد من جراء اعتقاده صحة العقد خلافا للواقع.

وقد ضرب «ايرنج» مثلا لتوضيح الفرق بين المصلحتين فقال أنه اذا ارسل شخص برقية الى صاحب فندق لاحتجاز غرفة له، وذكر في البرقية خطأ أن الحجز مطلوب ليوم سابق على اليوم الذي يقصده الحاجز، فان العقد يبطل لعدم تطابق الارادتين، إرادة صاحب الفندق وإرادة الحاجز، وعلة البطلان في هذه الحالة آتية من جانب الحاجز، ولذا فلصاحب الفندق الرجوع عليه بتعويض عن مصلحته السلبية باثبات أنه رفض تأجير الغرفة لآخرين اعتقاداً منه بصحة العقد، وهذا بعكس الحال لو كان العقد صحيحا وتخلف الحاجز عن الحضور، إذ لصاحب الفندق أن يطالبه بأجرة الغرفة تنفيذاً للعقد ولو لم يتقدم أحد لشغل هذه الغرفة.

٢٣٦ ـ **انتقاد النظرية** : لاقت نظرية «إيرنج» قبولا في بعض التشريعات وعلى الأخص التشريع الألماني، فهذا التشريع وإن لم يأخذ بها كنظرية عامة إلا أنه أورد لها بعض التطبيقات.

كذلك حاول بعض الشراح (٢) في فرنسا الأخذ بها استناداً إلى المادة ١٥٩٩ الخاصة ببيع ملك الغير (تقابل المادة ٤٦٩ من التقنين المصري) لأن هذه المادة تخول المشتري الرجوع على البائع بالتعويض ولو كان البائع حسن النية، فيقولون أن أساس التعويض في هذه الحالة هو خطأ البائع في عدم تهيئته عقداً صحيحاً للمشتري؛ غير أن غالبية الشراح ترفض الأخذ بهذه النظرية وتوجه إليها مر الانتقاد، ومن أهم هذه الانتقادات :

إن نظرية الخطأ عند تكوين العقد كما صورها «ايرنج» ورد المسؤولية فيها إلى فكرة عقد الضمان الضمني إنما دعت اليها الضرورة في ذلك الوقت، اذ كان القانون السائد في المانيا قبل وضع التقنين المدني هو القانون الروماني، وهذا القانون كما نعلم، لم يضع قاعدة عامة في شأن المسؤولية التقصيرية، بل كان يحدد الأفعال غير المشروعة التي تستوجب مسؤولية فاعلها، ولم يكن من بين هذه الأفعال ما يمكن أن تؤسس عليه المسؤولية في حالة بطلان العقد. أما الآن فقد انتفت هذه العلة لأن القاعدة في

---

١. «ايرنج» اعماله المختارة (الترجمة الفرنسية) جـ٢ ص٢٨ ـ ٣٠. وراجع في هذا بودري و بارد الالتزامات جـ١ بند ٣٦٢؛ و بلانيول جـ٦، بند ١٨٩؛ ودري باج جـ٢ بند ٥٥ وما بعده.

٢. «سالي» الالتزامات فب القانون الألماني، بند ١٦١.

جميع التشريعات الحديثة أن كل خطأ يوجب مسؤولية فاعلة بتعو يض الضرر الناجم عنه (م ١٦٣ مدني مصري و٢٥٦ مدني اردني)، وعلى ذلك يجب أن نرد إلى نظرية المسؤولية التقصيرية المبنية على فكرة الخطأ، الالتزام بالتعو يض الذي قد يوجد بمناسبة العقد الباطل باعتباره واقعة مادية.

سابعاً ـ نظرية تحول العقد

٢٣٧ ـ **النص القانوني**: تنص المادة ١٤٤ من التقنين المدني المصري على أنه «إذا كان العقد باطلا أو قابلا للابطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد».

هذه المادة تتناول نظرية تحول العقد، وليس لها مقابل في القانون المدني الأردني، علماً بأن الفقه الاسلامي أورد بعض تطبيقات لها (١).

ونظرية تحول العقد أخذها المشرع المصري عن الفقه الألماني الذي استقرت فيه هذه النظرية منذ القرن التاسع عشر ونص عليها التقنين الألماني في المادة ١٤٠ منه (٢).

وقوام نظرية تحول العقد (conversion du contrat) أن العقد الباطل وإن لم يرتب أي أثر من الآثار التي كانت تبنى عليه لو كان صحيحا، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من أن ينتج هذا العقد باعتباره واقعة قانونية آثاراً أخرى عرضية تختلف عن الآثار الأصلية، و يتحقق ذلك إذا تضمن هذا العقد بالرغم من بطلانه أركان عقد آخر كان المتعاقدان يقبلانه لو تبينا بطلان العقد الأصلي، إذ يتحول العقد الأصلي الباطل إلى العقد الجديد الصحيح الذي توافرت أركانه.

ومن صور تحول العقد الباطل ما نصت عليه المادة ١٠٨ من قانون التجارة المصري من أن الكمبيالة التي لا تتوافر فيها الشروط التي يتطلبها القانون تعتبر سنداً عادياً إذا كانت مستوفية للشروط اللازمة لهذه السندات.

ومنها صدور وصية لاحقة لوصية سابقة، فاذا كانت الوصية اللاحقة باطلة فانها تتحول الى عدول صحيح عن الوصية السابقة.

---

١. انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١١، ١١٣، المرحوم استاذنا السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي جـ٤ ص ٢٩٦ ـ ٢٩٨. وقد نص كل من التقنين العراقي (م ١٤٠) والتقنين الكويتي (م ١٩١) على نظرية تحول العقد.

٢. راجع في تحول العقد: «سالي» في اعلان الارادة بند ٢٣ ـ أحمد يسري رسالة من «هيدلبرج» (بالمانيا) القاهرة سنة ١٩٥٨.

ومنها تحول عقد القرض البحري الباطل الى عقد قرض عادي صحيح. ذلك أن عقد القرض البحري يجب أن يكون مكتوباً إما في محرر رسمي وإما في محرر عرفي (م ١٥٠ من قانون التجارة البحري المصري)، فان لم يتوافر له الشكل الكتابي تحول من قرض بحري إلى قرض عادي، وفي هذه الحالة يزول امتياز المقرض، و يكون المقترض ملزما بدفع أصل الدين مع فوائده القانونية (م ١٥٣ من القانون التجاري البحري المصري).

والفرق بين عقد القرض العادي وعقد القرض البحري، أن الأول عقد محدد ولذا لا يجوز الاتفاق فيه على فائدة تزيد على السعر القانوني، على حين أن الثاني عقد احتمالي ولذا يجوز فيه الاتفاق على فائدة تجاوز السعر المحدد في القانون (م ١٤٩ من قانون التجارة البحري المصري).

٢٣٨ ـ **الشروط الواجب توافرها لتحول العقد** : يخلص من نص المادة ١٤٤ السالفة الذكر أنه يشترط لتحول العقد الأصلي الباطل ثلاث شروط هي :

أولا ـ بطلان العقد الأصلي. ثانيا ـ استجماع العقد الأصلي عناصر عقد آخر. ثالثاً ـ انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى العقد الآخر.

٢٣٩ ـ **الشرط الأول ـ بطلان العقد الأصلي** : يجب أن يكون العقد الأصلي باطلا، لأنه لو كان صحيحاً فلا يتم التحول ولو تضمن أركان عقد آخر كان المتعاقدان يفضلانه عليه. فالهبة الصحيحة لا تتحول إلى وصية ولو تبين أن المتعاقدين كانا يفضلان الوصية على الهبة.

كذلك يجب أن يكون العقد الأصلي باطلا بأكمله، لأنه لو اقتصر البطلان على جزء منه وكان هذا العقد قابلا للانقسام فانه لا يتحول بل ينتقص ببتر الجزء الباطل منه، وهناك فرق بين تحول العقد وانتقاصه على ما سيأتي فيما بعد.

٢٤٠ ـ **الشرط الثاني ـ استجماع العقد الباطل عناصر العقد الصحيح** : يجب أن يستجمع العقد الباطل كافة عناصر العقد الآخر الصحيح، فاذا كان مستجمعا لبعضها دون البعض الآخر فلا يجوز اضافة العناصر المتخلفة لكي ينعقد العقد، بل يمتنع التحول في هذه الحالة، وفي هذا يختلف تحول العقد عن تصحيحه. فتحول العقد هو استبدال عقد جديد صحيح بعقد قديم باطل بدون إضافة أية عناصر جديدة لكي ينعقد العقد الصحيح؛ أما تصحيح العقد فيفترض بقاء العقد القديم أي العقد الأصلي مع إزالة العيب اللاحق به، كما في حالة البطلان للغلط، إذ يبقى مدعي الغلط ملزما بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد بأن عرض

تسليم الشيء الذي انصرفت إليه نية مدعي الغلط.

٢٤١ ــ **الشرط الثالث ــ انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة الى العقد الصحيح :** يشترط أخيراً لتمام تحول العقد أن تنصرف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى العقد الصحيح لو أنهما تبينا بطلان العقد الأصلي، وعلى هذا لا يتم التحول بناء على إرادة المتعاقدين الحقيقية، لأن الارادة الحقيقية انصرفت الى العقد الأصلي الباطل، إنما بناء على إرادتهما المحتملة التي يفترض أنها كانت تتجه إلى العقد الجديد الصحيح لو تنبه المتعاقدين الى بطلان العقد القديم، وعلى هذا النحو يرتب العقد الباطل باعتباره واقعة مادية أثراً عرضيا.

٢٤٢ ــ **الفرق بين تحول العقد وانتقاصه :** رأينا أن تحول العقد عبارة عن استبدال عقد جديد صحيح بعقد قديم باطل، أما الانتقاص فيفترض بقاء نفس العقد مع استبعاد الجزء الباطل منه، اذا كان العقد قابلا للانقسام. وقد نصت على هذا الحكم المادة ١٤٣ مدني مصري بقولها «إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للابطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للابطال فيبطل العقد كله». وهذه المادة تقابل المادة ١٦٩ من القانون المدني الاردني السابق شرحها (١).

ومن صور الانتقاص تخفيض سعر الفائدة الى الحد القانوني إذا اتفق في العقد على سعر يجاوز السعر القانوني (م ٢٢٧ مدني مصري).

ومن صوره أيضا ما يستخلص من المادة ٨٣٤ مدني من أنه لا يجوز البقاء في حالة الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات، فاذا اتفق على مدة أطول، انقصت المدة المتفق عليها الى المدة القانونية.

٢٤٣ ــ **الشروط الواجب توافرها لانتقاص العقد :** يتبين من مراجعة نص المادة ١٣٤ من القانون المدني المصري المقابلة للمادة ١٦٩ من القانون المدني الاردني، أنه يشترط لانتقاص العقد توافر الشرطين الآتيين :

أولا ــ أن يكون العقد باطلا في جزء منه فقط (أو موقوفا في شق منه فقط في القانون المدني الاردني)، فاذا كان باطلا بأكمله فلا ينقص بل يتحول الى عقد آخر اذا توافرت شروط تحول العقد السابق بيانها.

ثانيا ــ أن يكون العقد قابلا للانقسام، لأنه اذا لم يكن قابلا للانقسام ترتب على

---

١. راجع بند ١٩٤.

بطلان جزء منه بطلان العقد بأكمله، وفي هذه الحالة لا يكون هناك محل للانتقاص بل للتحول في القانون المدني المصري إذا توافرت شروطه، فمثلا اذا اقترن عقد هبة بشرط غير مشروع ولم يكن هو الباعث على التعاقد، فان العقد في هذه الحالة ينتقص ببطلان هذا الشرط وحده بطلانا مطلقا، أما إذا كان هذا الشرط هو الباعث على الهبة، فان العقد لا ينتقص بل يبطل بأكمله و يتحول في القانون المدني المصري إلى عقد آخر اذا استجمع شروط هذا العقد الأخير.

الفصل الثاني
نطاق العقد
أو
نسبية آثار العقد

٢٤٤ ـ قصور حكم العقد على عاقديه : اذا استجمع العقد أركانه، وتوافرت في كل ركن شروطه، انعقد العقد صحيحاً وترتبت عليه آثاره اذا كان نافذاً منجزاً. وآثار العقد تتحدد من حيث نطاقها بالعاقدين فلا تنصرف إلى الغير، وهذا ما يعرف بقصور حكم العقد على العاقدين أو نسبية آثار العقد. وقد نص على هذه القاعدة البديهية القانون المدني الأردني في المادة ١١٠ منه بقوله «من باشر عقداً من العقود بنفسه لنفسه فهو الملزم دون غيره بما يترتب عليه من أحكام».

ولكن ما معنى قاعدة قصور حكم العقد على العاقدين ؟ هل يقصد بها أن من لم يكن طرفا في العقد لا يضار به أي لا يلتزم بمقتضاه، ولا يفيد منه أي لا يكتسب حقا بموجبه، وهل القاعدة بهذا المعنى مطلقة كما كانت في القانون الروماني ؟ أو يقصد بها عدم نفاذ العقد في حق الغير؟ مع ملاحظة أنه ليس معنى عدم النفاذ أن للغير تجاهل وجود العقد، خاصة إذا كان من العقود الناقلة للملكية أو المنشئة للحقوق العينية الأخرى، بل إن العقد في هذه الحالة يحتج به في مواجهته (١).

هذه جميعا صعوبات يثيرها تحديد كلمة الغير (tiers)، ونكتفي هنا بالقول أننا نقصد بالغير في هذا الموضوع المعنى الأول، أي من لم يكن طرفاً في العقد.

ولكن ما المقصود بكلمة طرف العقد ؟ هل يقتصر مدلول هذه الكلمة على العاقد نفسه أم ينصرف كذلك الى خلفائه ؟ للاجابة على جميع هذه الأسئلة يتعين البحث أولا في أثر العقد بالنسبة إلى الخلف، وثانيا في أثر العقد بالنسبة إلى الغير. غير أنه يجب علينا قبل التعرض لهذا البحث أن نشير إلى بعض النصوص القانونية التي أوردها المشرع الأردني في شأن آثار العقد بالنسبة الى العاقدين.

٢٤٥ ـ آثار العقد بالنسبة الى المتعاقدين : أورد المشرع الأردني عند تنظيمه لآثار العقد نصوصا تتعلق بهذه الآثار بالنسبة إلى المتعاقد نفسه، ونرى بعد التمعن في أحكام

---

١. يلاحظ أن عقد الزواج تنصرف بعض آثاره الى الكافة أي الى الغير، فيوجب حرمة الزوجة على غير زوجها طالما بقيت رابطة الزوجية، وكذلك وجوب العدة في حالة الوفاة أو حالة الطلاق.

هذه النصوص أنه كان من الأفضل إيراد هذه النصوص في المواضع الأكثر ملاءمة لها، لأن بعضها يتعلق بتنفيذ العقد، والبعض الثاني يتعلق بحكم العقد من حيث نقل ملكية الأعيان، والبعض الثالث يتعلق بمنافع الاعيان.

من ذلك ما تنص عليه المادة ١٩٩ في فقرتها الأولى من أنه « يثبت حكم العقد في المعقود عليه و بدله بمجرد انعقاده دون توقف على القبض أو أي شيء آخر ــ ما لم ينص القانون على غير ذلك ». وحكم العقد في الفقه الاسلامي هو الأثر الأصلي للعقد والغرض الذي قصد اليه المتعاقدان من انشائه، فحكم عقد البيع مثلا هو نقل ملكية المبيع إلى المشتري. وقد أراد المشرع الاردني من الحكم الوارد في المادة ١/١٩٩ أن يشير من ناحية الى مبدأ رضائية العقود باعتباره القاعدة العامة في انعقاد العقد، والى ثبوت حكم العقد في المعقود عليه بمجرد التعاقد أي بحكم القانون من ناحية أخرى.

وقد أتى المشرع بتطبيق لهذا الحكم في المادة ٢٠٠ التي تقرر أن «عقد المعاوضة الوارد على الأعيان إذا استوفى شروط صحته يقتضي ثبوت الملك لكل واحد من العاقدين في بدل ملكه والتزام كل منهما بتسليم ملكه المعقود عليه للآخر».

أما فيما يتعلق بمنافع الأعيان فقد نص المشرع الأردني في المادة ٢٠١ على أن «عقد المعاوضة الوارد على منافع الأعيان مستوفياً شرائط صحته يستوجب التزام المتصرف في العين بتسليمها للمنتفع بتسليم بدل المنفعة لصاحب العين».

ونرى أنه كان من الأنسب ايراد أحكام هذه المواد ــ اذا كان لا بد من ايرادها ــ في صدر الكتاب الثاني من القانون المدني المخصص للعقود، والذي تناول في الباب الأول منه عقود التمليك، وفي الباب الثاني عقود المنفعة، باعتبار أن الأحكام الواردة في هذه المواد هي أحكام عامة متعلقة بأنواع معينة من العقود، ولذا يكون محل بحثها عند دراسة هذه العقود.

أما ما ورد في الفقرة الثانية من المادة ١٩٩ « أما حقوق العقد فيجب على كل من الطرفين الوفاء بما أوجبه العقد عليه منهما »، فأمر بديهي، وإن كان متعلقاً بالتنفيذ، والكلام في تنفيذ العقد لا ينقطع عن البحث في تفسيره على ما سنرى، وعلى ذلك نعود إلى جوهر البحث وهو دراسة أثر العقد بالنسبة إلى الخلف و بالنسبة إلى الغير.

الفرع الأول
أثر العقد بالنسبة إلى الخلف

٢٤٦ ـ **الخلف العام والخلف الخاص :** لا يقصر أثر العقد على العاقد، سواء باشر العقد بنفسه أو بواسطة نائب عنه، بل ينصرف كذلك إلى خلفائه، وهم من يمثلهم في العقد، والخلف إما أن يكون خلفا عاما وإما أن يكون خلفا خاصا.

والخلف العام هو من يخلف السلف في ذمته المالية كلها ، وهذا هو الوارث لكل التركة (ayant cause universel) أو في جزء منها باعتبارها مجموعة مالية ، وهذا هو الوارث لجزء من التركة أو الموصى له بحصة منها (ayant cause à titre universel). وظاهر من التعريف السابق للخلف العام أن الشخص لا تلحق به هذه الصفة الا في حالة وفاة السلف فقط.

أما الخلف الخاص (ayant cause particulier ou á titre particulier) فلا يخلف السلف في جملة ذمته المالية أو في حصة منها كالثلث أو الربع مثلا، بل يخلفه في حق عيني على شيء معين أو في ملكية شيء معين. كالمشتري ــ سواء اشترى شيئاً ماديا أم شيئاً معنويا كما في حوالة الحق ــ والموهوب له والموصى له بعين معينة بالذات. وسنتناول فيما يلي الكلام في الخلف العام ثم في الخلف الخاص.

المبحث الأول
الخلف العام

٢٤٧ ـ **القاعدة العامة في شان انصراف أثر العقد الى الخلف العام :** تنص المادة ٢٠٦ من القانون المدني الأردني على أنه «ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام» (١).

الأصل فيما يتعلق بالخلف العام أنه يخلف السلف في ذمته المالية أو في حصة منها في كل ما تتناوله هذه الذمة من حقوق والتزامات، ولذا تنصرف اليه آثار العقود التي عقدها السلف سواء فيما ترتبة من حقوق أو ما ينتج عنها من التزامات، وتفسر

---

١. تطابق المادة ١٤٥ من القانون المدني المصري.

هـذه الظاهرة على اعتبار أن شخصية الوارث ما هي إلا استمرار لشخصية المورث، وهذه هـي القـاعـدة العامة في القانون الفرنسي. أما في القانونين المصري والاردني فنظراً لأن المبدأ المقـرر في الشـريعة الاسلامية فيما يتعلق بأحكام الميراث ألا تركة إلا بعد سداد الديون، فان التزامات المورث تبقى في تركته وتؤدى منها بحيث لا ينتقل إلى الوارث إلا ما تبقى من حقوق بعد الوفاء بالديون.

وقـاعدة انصراف أثر العقد الذي يعقده السلف إلى الخلف العام من شأنها جواز الاحتجاج على الخلف العام بالتصرف الحقيقي المعقود في حالة الصورية (م ٣٦٩ مدني اردني) و بالتاريخ الذي يحمله العقد ولو لم يكن ثابتاً. (١)

٢٤٨ ـ **الاستثناءات الواردة على القاعدة:** يستثنى من القاعدة السالفة الذكر في شأن انصراف آثار العقد الذي يعقده السلف الى الخلف العام الاستثناءات الآتية التي ذكرتها المادة ٢٠٦ مدني اردني، وهي:

أولا ـ إذا اتفق المتعاقدان على اقتصار آثار العقد عليهما وعدم انصرافها الى ورثة أحدهما، كما لو اتفقا في عقد وعد بالبيع على انقضاء العقد في حالة وفاة أحدهما.

ثانيا ـ إذا كانت طبيعة العقد لا تتفق وانتقال الآثار التي يرتبها إلى الخلف العام كما هي الحال في الايراد المرتب مدى الحياة، أذ أن طبيعة الايراد تقتضي انتهائه بموت صاحبه؛ وكما هو الأمر في كافة الالتزامات التي يراعى فيها شخصية العاقد، كالالتزامات التي يعقدها المهندس أو المحامي فيما يتصل بأعمال مهنته.

ثالثاً ـ إذا كان هناك نص في القانون يقضي بانقضاء العقد بوفاة العاقد، من ذلك ما تقرره المادة ١٢١٥/٦ من القانون المدني الأردني من أنه «ينتهي حق الانتفاع بموت المنتفع اذا لم ينص القانون على غير ذلك»(٢).

هـذا و يلاحظ أنه في جميع الحالات التي ينص فيها المشرع على انقضاء العقد بوفاة العاقد يفترض أن هـذه هـي إرادة المتعاقدين الضمنية، ولذا يستبعد حكم القانون ـ إذا لم يكن حكما آمرا ـ إذا قضت الارادة الصريحة بعكسه.

٢٤٩ ـ **متى يأخذ الخلف العام حكم الغير بالنسبة لتصرفات السلف:** ذكرنا أن القاعدة العامة فيما يتعلق بالخلف العام هي انصراف آثار عقود السلف

---

١. راجع المادة ١٢ من قانون البينات رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٢، فهي تشترط للاحتجاج على الغير بتاريخ السند العادي أن يكون هذا التاريخ ثابتا، ولما كان الخلف العام لا يعتبر من الغير فانه يحتج عليه بتاريخ السند العادي ولو لم يكن ثابتا.

٢. تقابل المادة ١/٩٩٣ من التقنين المصري.

اليـه، والـخـلـف الـعـام يظل محتفظا بصفته هذه حتى في الحالات الاستثنائية التي تنقضي فيها عقود السلف بوفاته.

غـيـر أن هناك حـالـة يـأخذ فيها الخلف العام حكم الغير بالنسبة إلى تصرفات سـلـفـه، وهـي حالة ما اذا تناولت هذه التصرفات حقه في التركة، لأن أحكام الميراث من النظام العام ولذا لا يجوز للمورث الخروج عليها، ولذا أحاط المشرع الاردني حق الـوارث بـضـمـانـات عـديـدة بـغـيـة حمايته، من ذلك عدم نفاذ الوصية الصادرة لأحد الـورثـة في مواجهة الباقين إلا إذا أجازوها، وعدم نفاذها إذا كانت صادرة إلى أجنبي فيما زاد على ثلث التركة الا اذا أجازوها، بعد وفاة مورثهم (١).

ومـا قضى بـه في المـادتـيـن ٥٤٤ و٥٤٥ مـن الـقـانـون المدنـي من إعطاء البيع الـصـادر مـن المـورث في مرض الموت لأحد ورثته أو لأجنبي حكم الوصية. فقد جاء في المـادة ٥٤٤/١ أن «بـيـع المـريـض شيئا من ماله لأحد ورثته لا ينفذ ما لم يجزه باقي الـورثـة بـعـد مـوت المورث». كما جاء في المادة ٥٤٥ أن «١ ـ بيع المريض من أجنبي بـثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت نافذ في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الـثـمـن لا تـتـجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته. ٢ ـ أما إذا تجاوزت هذه الـزيـادة ثـلـث الـتـركـة فـلا ينفذ البيع ما لم يقره الورثة أو يكمل المشتري ثلثى قيمة المبيع والا كان للورثة فسخ البيع».

والـعـلـة في وضـع الأحـكـام السابقة أن حق الوارث يتعلق بمال المورث بمجرد حـصـول مـرض المـوت، فـلا يـمـلـك المورث كامل التصرف في ماله الذي يعتبر في حكم المـمـلـوك لـورثـتـه، ولـذا أعـطى القانون الاردني التصرف الصادر من المورث في مرض الموت حكم الوصية.

ومـا دام الـورثـة يـعتبرون من الغير بالنسبة إلى التصرف الصادر من المورث في مـرض المـوت، فـلا يـجـوز الاحـتـجاج عليهم بتاريخ التصرف إذا لم يكن هذا التاريخ ثـابـتـا، أو بـعـبـارة أخرى يجوز للورثة إثبات صورية التاريخ العرفي الذي يحمله سند التصرف بكافة طرق الاثبات.

---

١. سوى المشرع المصري بين الوارث الموصى لـه والاجنبي في الحكم، فالوصية لأ يهما في حدود ثلث التركة جـائزة دون تـوقـف على إجـازة الـورثـة، أمـا مـا تـجاوز الثلث فلا تنفذ الوصية إلا اذا أقرها الورثة بعد وفاة المورث، وفي القانون اللبناني حكم الوصية عند الشيعة طبقا للمذهب الجعفري هو حكم القانون المصري.

المبحث الثاني
الخلف الخاص

٢٥٠ ـ **تحديد مركز الخلف الخاص**(١): ذكرنا فيما تقدم أن الخلف الخاص لا يخلف السلف في ذمته المالية أو في حصة منها، بل يخلفه في ملكية شيء مادي أو معنوي، أو في حق عيني على شيء، كالمشتري والموهوب له والموصى له بعين معينة والدائن المرتهن. أما من يتقرر له حق شخصي في ذمة شخص آخر فلا يعتبر خلفاً خاصاً له، بل يعتبر دائنا له كما هو الشأن في علاقة المستأجر بالمؤجر، فالمستأجر ليس خلفا للمؤجر بل دائناً له.

والأصل أن الخلف الخاص على عكس الخلف العام لا تنصرف إليه آثار العقود التي يعقدها السلف، وهذا الأمر لا يحتاج إلى إيضاح إذا كان العقد الصادر من السلف لا يتناول الحق الذي تلقاه عنه الخلف الخاص؛ فمشتري العقار خلف خاص للبائع، ولكن لا شأن للمشتري بالعقود الصادرة من البائع في غير ما يمس هذا العقار. غير أن الأمر يدق إذا تناول العقد الصادر من السلف هذا العقار، كما لو تصرف السلف في نفس العقار الى شخص آخر بالبيع أو الرهن أو الايجار، إذ هنا يثور الاشكال فيما يتعلق بمركز الخلف الخاص بالنسبة إلى هذه العقود؛ لا صعوبة اذا كان العقد الصادر من السلف الى شخص آخر لاحقا للعقد الصادر الى الخلف الخاص، إذ القاعدة أن عقود السلف في شأن الحق الذي انتقل الى الخلف الخاص، لا يحتج بها في مواجهة هذا الأخير إلا إذا كان لها تاريخ ثابت وسابق على تاريخ العقد الذي تلقى به الخلف الخاص حقه، فمثلا إذا باع شخص منقولا معينا بالذات إلى شخصين على التعاقب، ولم يكن قد سلمه الى أحدهما، وجب تفضيل السابق منهما في ثبوت تاريخ عقده؛ أما إذا كان المبيع عقاراً فالعبرة بالأسبقية في التسجيل.

إما إذا كان العقد الصادر من السلف يمس نفس الحق الذي تلقاه عنه الخلف الخاص، وكان هذا العقد ثابت التاريخ وسابقاً على عقد الخلف الخاص، فهنا تثور مسألة انصراف عقد السلف إلى الخلف الخاص، وقد عالج المشرع الاردني هذه المسألة في المادة ٢٠٧ من القانون المدني فقرر أنه «إذا انشأ العقد حقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك الى خلف خاص، فان هذه الحقوق تنتقل الى

---

١. راجع في هذا الموضوع: بلانيول وريبير واسمان جـ٦ بند ٣٣١ و٣٣٢ ـ الاستاذ حامد فهمي مقال في حكم الاتفاقات المتعلقة بالأموال في حق الخلف بسبب خاص، مجلة كلية حقوق القاهرة س ٢ عـ٤ ص ٤٤ الى ٦٥.

هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء اذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه».

والمادة ٢٠٧ من القانون المدني الأردني تقابل المادة ١٤٦ من التقنين المدني المصري، مع ملاحظة ان نص المادة ٢٠٧ أردني يشير فقط إلى الحقوق التي أنشأها العقد، في حين أن نص المادة ١٤٦ مصري تشير إلى الالتزامات والحقوق معا، وصياغة المادة الأخيرة أكثر دقه ووضوحا فيما يتعلق بانصراف أثر العقد الى الخلف الخاص، وعلى كل فأحكام المادتين تتفق مع ما هو مقرر في الفقه الاسلامي في هذا الشأن(١). والذي يخلص من هاتين المادتين أن عقود السلف لا تكسب الخلف الخاص حقا ولا تحمله التزاماً إلا إذا كان الحق أو الالتزام من مستلزمات الشيء الذي انتقل الى الخلف الخاص، وكان الخلف الخاص عالما بها في الوقت الذي انتقل إليه الشيء؛ وبعبارة أخرى أن هاتين المادتين تتطلب توافر شرطين لكي تنصرف آثار عقود السلف الى الخلف الخاص، وهذان الشرطان هما:

الشرط الأول ـ أن يكون الحق أو الالتزام من مستلزمات الشيء الذي انتقل اليه. و يعتبر الحق من مستلزمات الشيء إذا كان مكملا له كعقد التأمين مثلا، و يعتبر الالتزام من مستلزمات الشيء إذا كان يحد من حرية الانتفاع به كما هو الشأن في قيود البناء الاتفاقية.

أما إذا كان الحق أو الالتزام الناشيء من عقد السلف مع الغير لا يعتبر من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص، فلا يكتسب هذا الاخير الحق ولا يتحمل هذا الالتزام. فمثلا في حالة التنازل عن الايجار، لا ينصرف إلى المتنازل له أحكام عقد الوعد بالبيع الملحق بعقد الايجار الأصلي، وفي حالة بيع العقار لا تنتقل إلى المشتري دعوى التعويض عن التلف الحاصل للمبيع بفعل الغير قبل البيع.

الشرط الثاني ـ أن يعلم الخلف الخاص بالحق أو الالتزام المعتبر من مستلزمات الشيء الذي انتقل إليه. والمقصود بالعلم هنا، العلم الحقيقي بالحق أو الالتزام، لا مجرد استطاعة العلم به.

و يستوى في الحكم مع العلم الحقيقي، العلم المفترض من شهر العقود الصادرة من السلف.

٢٥١ ـ **صور من الحقوق التي تعتبر من مستلزمات الشيء:** الأصل أن تعتبر من مستلزمات الشيء الحقوق المكملة له. ففي البيع مثلا تنتقل الى المشتري

---

١. المرحوم عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي جـ٥ ص ١٢٠ ـ ١٢٣.

الدعاوى التي كانت للبائع كدعوى ضمان الاستحقاق ودعوى ضمان العيوب الخفية، كما تنتقل إليه دعوى الضمان ضد المقاول والمهندس المعماري عما يحدث في خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت (م ١/٧٨٨ مدني أردني). كذلك تنتقل إلى المشتري حقوق الارتفاق المقررة للمبيع على العقارات المجاورة لأنها تعتبر مكملة له، ولا فائدة فيها بدونه. واذا كان المبيع مؤمنا عليه ضد الحريق مثلا بمعرفة البائع، انصرفت آثار هذا العقد إلى المشتري، فينتقل اليه حق البائع قبل شركة التأمين، كما يلتزم قبلها بالتزاماته.

٢٥٢ ــ صور من الالتزامات التي تعتبر من مستلزمات الشيء: لا يتحمل الخلف الخاص كافة الالتزامات التي قررها السلف وإن تعلقت بالشيء الذي انتقل اليه، فلا يلتزم مشتري العقار مثلا بما للمهندس المعماري من أجر متأخر قبل البائع، ولا بتعويض الغير الذي أصابه ضرر من الشيء المبيع قبل البيع، غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة، بل إن التزامات السلف تنتقل إلى الخلف الخاص في حالات معينة، من ذلك :

أولا ــ الالتزامات المعتبرة من مستلزمات الشيء الذي تلقاه من السلف، وهذه هي الحقوق العينية المقررة على الشيء والمشهورة وفقاً للقانون كالرهن وحقوق الارتفاق السلبية، لأن هذه التكاليف تحد من الانتفاع بالشيء، و يعتبر من قبيل حقوق الارتفاق قيود البناء التي من شأنها تقييد حق المالك في البناء بعدم تجاوز حد معين في الارتفاع أو بعدم البناء في مساحة الأرض كلها؛ والى هذا أشارت المادة ١٢٧٤ مدني أردني بقولها «١ ــ تعتبر القيود المفروضه على حق مالك العقارات في البناء حقوقا مجردة على هذه العقارات لفائدة العقارات التي فرضت لمصلحتها ما لم يتفق على غير ذلك. ٢ ــ وكل تجاوز لهذه القيود يستوجب المطالبة باصلاحه عينا أو بالتضمين اذا ثبت موجبه».

والحق المجرد كما تقول المادة ١٢٧١ مدني اردني «هو ارتفاق على عقار لمنفعة عقار مملوك لآخر».

ثانياً ــ الالتزامات التي يتفق بين السلف والخلف الخاص على انتقالها اليه.

ثالثاً ــ الالتزامات الناشئة عن عقود تبادلية عقدها السلف، لأنها مقابل للحقوق التي انتقلت إلى الخلف الخاص بموجب هذه العقود.

رابعاً ــ الالتزامات التي يقرر المشرع انصرافها إلى الخلف الخاص بنص صريح.

الفرع الثاني
أثر العقد بالنسبة إلى الغير

٢٥٣ ـ **القاعدة العامة في شأن عدم انصراف آثار العقد الى الغير:** القاعدة أن أثر العقد لا ينصرف الى غير العاقد ومن يمثله، أي لا ينصرف إلى الغير الأجنبي عن العقد، فلا يحمله التزاما ولا يكسبه حقا، والقاعدة في شقها السلبي أكثر اطلاقا منها في شقها الايجابي، ولذلك نصت المادة ٢٠٨ من القانون المدني الأردني على أنه «لا يرتب العقد شيئاً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا»(١).

والمادة السابقة تشير في الواقع إلى التعهد عن الغير باعتباره تطبيقا للجانب السلبي في القاعدة، والى الاشتراط لمصلحة الغير باعتباره استثناء من الجانب الايجابي فيها، ولكن قبل دراسة كل من هذين النظامين، يحسن أن نبحث في شقي القاعدة للوقوف على مدى إطلاقها.

فأما الجانب السلبي أي عدم انصراف الالتزامات الناشئة عن عقد إلى من كان أجنبيا عنه فيكاد يكون مطلقا، اذ يندر أن نجد استثناء، وإن أمكن مع البحث العثور على استثناءات قليلة العدد منها: ما يستفاد من المادة ٣٢٠ مدني اردني (تقابل المادة ٣٣٣ مدني مصري) من أنه تبرأ ذمة المدين إذا أوفى الغير بحسن نية بأن اعتقد أنه الدائن الحقيقي متى كان هذا الغير حائزاً للدين، بأن تقدم بمخالصة صادرة من الدائن، أي أن الدائن يلتزم في علاقته بالمدين بالوفاء الصادر من هذا الأخير إلى من كان سند المخالصة في حيازته؛ ومنها ما تعلق بالعقود التي تتم بارادة الأغلبية، ومن الأمثلة عليها تصالح جماعة الدائنين مع المفلس حيث تلتزم الأقلية برأي الأغلبية.

أما الجانب الايجابي للقاعدة أي عدم اكتساب الشخص حقا من عقد لم يكن ممثلا فيه، فليس في أطلاق الجانب السلبي منها، لأنه أيسر على المنطق أن يتقبل اكتساب الشخص لحق من عقد هو أجنبي عنه، عن أن يتقبل التزامه بتعهدات ناشئة عن هذا العقد، ولذا فالاستثناءات الواردة على الجانب الايجابي للقاعدة أكثر عدداً من تلك الواردة على الجانب السلبي منها.

غير أن أكثر الاستثناءات الواردة على القاعدة في شقها الايجابي بروزاً هو ما تعلق بالاشتراط لمصلحة الغير، وسندرس هذا النظام بعد دراسة التعهد عن الغير.

---

١. تقابل المادة ١٥٢ من التقنين المدني المصري.

المبحث الأول
التعهد عن الغير

٢٥٤ ـ **النص القانوني :** تنص المادة ٢٠٩ مدني اردني(١) على أنه « ١ ـ اذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بامر فلا يلزم الغير بتعهده، فاذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه.

و يجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعو يض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به. ٢ ـ أما اذا قبل الغير هذا التعهد فان قبوله لا ينتج أثراً الا من وقت صدوره ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول الى الوقت الذي صدر فيه التعهد».

والتعهد عن الغير ليس إلا تطبيقاً للقاعدة العامة في قصور حكم العقد على عاقديه، فاذا وعد شخص بأن يحمل الغير على الالتزام بأمر ونصب نفسه زعيما بذلك، فلا يكون من أثر هذا التعهد إلزام الغير، اذ غاية الأمر أن الواعد يتعهد بالوفاء بالتزام بعمل شيء، هو الحصول على أقرار الغير للوعد الصادر منه.

والتعهد عن الغير يقصد به عادة علاج حالة لا يمكن معها الانتظار للحصول على رضاء صاحب الشأن، كما لو عرض شحص على الشركاء المشتاعين شراء العين الشائعة بثمن مرتفع ولم يكن أحدهم حاضراً، فخشية ضياع الفرصة يقبل الشركاء المشتاعون التعاقد عن أنفسهم والتعهد عن شريكهم الغائب بقبول البيع عند حضوره.

هذا وسنتناول فيما يتعلق بالتعهد عن الغير (promesse de porte) الكلام أولا في شروطه، وثانيا في أحكامه.

---

١. تطابق المادة ١٥٣ من التقنين المدني المصري.

المطلب الأول
شروط التعهد عن الغير

٢٥٥ ـ **تحديد الشروط :** يفترض التعهد عن الغير توافر شروط ثلاثة هي : أن يتعاقد المتعهد باسمه هو لا باسم الغير، وأن يكون الغرض من التعهد التزامه شخصيا، وأن يكون محل التزامه القيام بعمل.

ففيما يتعلق بالشرط الأول : يجب أن يتعاقد المتعهد باسمه هو لا باسم الغير الذي يظل أجنبياً تماماً عن هذا التعاقد، ذلك أن التعهد عن الغير عملية قانونية ذات طرفين، وفي هذا تختلف عن الاشتراط لمصلحة الغير الذي يجمع بين أطراف ثلاثة هم المشترط والمتعهد والمنتفع كما سنرى فيما بعد.

وفيما يختص بالشرط الثاني : يجب أن يكون الغرض من التعهد إلزام المتعهد نفسه لا إلزام الغير، إذ الغير لا يلتزم الا اذا أقر التعهد. فاذا رفضه فلا يكون لمن تعاقد مع المتعهد الا الرجوع على هذا الأخير بالتعو يض لعدم تنفيذ التزامه.

أما بالنسبة للشرط الثالث : فيجب أن يكون محل التزام المتعهد هو القيام بعمل، هذا العمل هو حمل الغير على قبول التعهد. والتزام المتعهد يتميز بأمرين : الأول أنه ليس التزاما ببذل عناية (obligation demoyen) بل التزاما بتحقيق نتيجة (obligation de resultat) بمعنى أنه لا يكفي في تنفيذ التزامه أن يبذل غاية جهده لحمل الغير على قبول التعهد، بل يجب أن يحصل فعلا على قبوله لهذا التعهد. الثاني أنه إذا قبل الغير التعهد انقضى التزام المتعهد، أو بعبارة أخرى أن التزام المتعهد لا يشمل ضمان تنفيذ الغير للتعهد الذي قبله.

٢٥٦ ـ **التفرقة بين التعهد عن الغير وما قد يشتبه به من نظم :** والآن وقد حددنا شروط التعهد عن الغير، نستطيع أن نفرق بينه و بين ما قد يشتبه به من كفالة أو وكالة أو فضالة.

ففيما يتعلق بالكفالة يختلف التزام المتعهد عن التزام الكفيل في أن المتعهد يكفل قيام التزام لما يوجد بعد في ذمة الغير، أما الكفيل فيكفل تنفيذ التزام موجود. وليس هناك ما يمنع من أن يجمع الشخص الواحد بين الصفتين، ولكن يجب في هذه الحالة توافر شروط كل من النظامين.

وفيما يختص بالوكالة يختلف مركز المتعهد عن مركز الوكيل في أن المتعهد يتعاقد باسمه، على حين أن الوكيل إذا كان نائبا يتعاقد باسم الأصيل، وتنصرف آثار

العقد الذي يعقده إلى ذمة الأصيل مباشرة؛ ونفس هذا الوجه من وجوه الاختلاف هو الذي يفرق بين المتعهد والفضولي، لأن الفضولي يتعاقد باسم رب العمل كما لو كان نائباً عنه دون أن تكون هناك إنابة، وقد يجمع الشخص الواحد بين صفتي الفضولي والمتعهد، وهو ما قد يحصل إذا أراد المتعاقد الآخر ضمان حقه في حالة منازعة رب العمل في تحقق شروط الفضالة.

المطلب الثاني
أحكام التعهد عن الغير

٢٥٧ ـ أثر التعهد عن الغير فيما بين المتعاقدين و بالنسبة الى الغير: سنتناول فيما يتعلق ببحث أحكام التعهد عن الغير دراسة آثار التعهد عن الغير فيما بين المتعاقدين، ثم آثاره بالنسبة إلى الغير.

أولا ـ آثار التعهد عن الغير فيما بين المتعاقدين

٢٥٨ ـ القاعدة العامة : القاعدة العامة فيما يتعلق بالتعهد عن الغير أن هذا التعهد لا يلزم الا المتعهد، وقد سبق أن رأينا أن محل التزام المتعهد هو الحصول على قبول الغير للتعهد، فان حقق هذه النتيجة انقضى التزامه لأنه لا يضمن تنفيذ الغير للتعهد الذي قبله، أما إذا رفض الغير قبول التعهد فيعتبر المتعهد مقصراً في تنفيذ التزامه فتشغل مسؤوليته.

٢٥٩ ـ مسؤولية المتعهد: يعد المتعهد مسؤولا عن عدم تنفيذ التزامه الناشيء عن التعهد اذا رفض الغير قبول هذا التعهد، ولا ترتفع عنه هذه المسؤولية إلا إذا اثبت وجود السبب الأجنبي، مع ملاحظة أن امتناع الغير عن القبول لا يعتبر سببا أجنبيا **يعفيه من المسؤولية؛** وجزاء مسؤولية المتعهد هو الزامه بتعو يض الضرر الذي أصاب المتعاقد الآخر من جراء رفض الغير للتعهد، و يجري تقدير هذا التعو يض وفقاً للمبادىء العامة.

على أنه يجوز للمتعهد أن يتلافى الحكم عليه بالتعو يض، بأن يقوم هو بالوفاء عينا بالالتزام الذي رفض الغير قبوله، اذا كانت طبيعة هذا الالتزام لا تأبى ذلك، بأن كان غير متصل بشخص الغير، و بعبارة أخرى أن التزام المتعهد يعتبر التزاما بدليا محله دفع التعو يض، ولكن يجوز للمتعهد ـ دون أن يجبر على ذلك ـ أن يوفي بشيء آخر هو التنفيذ العيني للالتزام، فتبرأ ذمته من تعهده.

ثانياً ـ أثار التعهد بالنسبة الى الغير

٢٦٠ ـ **حرية الغير في القبول أو الرفض:** للغير مطلق الحرية في قبول أو رفض التعهد الصادر من المتعهد، ولا يترتب على رفضه أية مسؤولية عليه ولو على أساس فكرة التعسف في استعمال الحق، لأنه أجنبي عن عقد التعهد.

واذا كان هناك محل لالزام الغير فيكون على أساس آخر كالفضالة مثلا اذا توافرت شروطها، ولكن في هذه الحالة نخرج من نظام التعهد عن الغير إلى نظام آخر.

٢٦١ ـ **أثر قبول الغير للتعهد :** يعتبر اقرار الغير للتعهد بمنزلة القبول للايجاب المتضمنة العقد المبرم بين المتعهد والمتعاقد الآخر، ولذا فينعقد عقد جديد بين الغير و بين ذلك المتعاقد الآخر.

ومحل التزام هذا العقد يختلف عن محل التزام العقد الأول؛ اذ محل التزام المتعهد كما رأينا هو القيام بعمل، أما محل التزام الغير بمقتضى العقد الجديد فقد يكون إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

و يستند تاريخ العقد الجديد الى وقت صدور القبول، فلا يكون له أثر رجعي يرتد إلى تاريخ العقد الأول الا اذا قصد الغير صراحة أو ضمناً ذلك. كما لو كان التعهد خاصا بقبول أحد المشتاعين للبيع الصادر من الباقين، فان قبوله يستند الى وقت تمام البيع لا الى وقت صدوره.

والآثر الرجعي للقبول لا يضر بحقوق من تعاقد مع الغير قبل صدور القبول منه، و بعبارة أخرى أن القبول الصادر من الغير لا يحتج به في مواجهة من تعامل معه الا من وقت ثبوت تاريخه أو من وقت شهره وفقا للقانون.

٢٦٢ ـ **شكل القبول :** لا يشترط في قبول الغير للتعهد أن يتخذ هذا القبول شكلا معيناً. بل يجوز أن يكون صريحا أو ضمنيا أو مستفاداً من السكوت الملابس، ولا تستثنى من هذه القاعدة الا العقود الرسمية، كما لو كان القبول مقصوداً به انعقاد رهن تأميني مثلا، لأن الرهن التأميني لا ينعقد الا بتسجيله (م ١٣٢٣ مدني اردني)، وفي هذه الحالة يتعين أن يكون القبول صريحاً.

المبحث الثاني
الاشتراط لمصلحة الغير

٢٦٣ ـ **النصوص القانونية:** تناول المشرع الأردني في القانون المدني أحكام الاشتراط لمصلحة الغير (stipulation pour autrui) في المواد ٢١٠ الى ٢١٢ وهي تطابق المواد ١٥٤ الى ١٥٦ من التقنين المدني المصري.

فنص في المادة ٢١٠ على أنه «١ ـ يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على حقوق يشترطها لمصلحة الغير اذا كان له في تنفيذها مصلحة شخصية مادية كانت أو ادبية. ٢ ـ و يترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك. و يكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التي تنشأ عن العقد. ٣ ـ و يجوز أيضاً للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترطه لمصلحة المنتفع، إلا اذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو صاحب الحق في ذلك».

وقرر في المادة ٢١١ أنه «١ ـ يجوز للمشترط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشارطة قبل أن يعلن المنتفع الى المتعهد أو المشترط رغبته في الاستفادة منها، ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد. ٢ ـ ولا يترتب على نقض المشارطة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط الا اذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك. وللمشترط احلال منتفع آخر محل المنتفع الأول كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشارطة».

وقضى في المادة ٢١٢ بأنه «يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو جهة مستقبلة، كما يجوز أن يكون شخصاً أو جهة لم يعينا وقت العقد، متى كان تعيينهما مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره طبقا للمشارطة».

وقبل أن نتناول بالشرح نظرية الاشتراط لمصلحة الغير سواء في شروط تطبيقها أم في آثارها، سنعرض في عجالة لبعض تطبيقات هذه النظرية ولتاريخ نشأتها(١).

٢٦٤ ـ **تطبيقات لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير:** لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير تطبيقات عدة، من ذلك (donation avec charges) كأن يهب شخص عقاراً لآخر و يشترط عليه أداء مرتب لشخص آخر مدى حياته (م ٥٥٧/٢ مدني اردني)، و بيع المدين الراهن العين المرهونة مع اشتراط قيام المشتري بوفاء دين المرتهن، أو

---

١. راجع في هذا الموضوع: «سالي» في الالتزامات في القانون الألماني بند ٢٤٥ و ٢٨٥ ـ بلانيول وريبير واسمان» ج ٦ بند ٣٥٢ وما بعده.

منح شخصا طبيعيا أو معنو يا احتكاراً يلتزم به مرفقا من المرافق العامة كالنقل مع اشتراط شروط لمصلحة المنتفعين من أفراد الجمهور، أو تضمين عقود المقاولات شروطا لمصلحة العمال.

على أن أهم تطبيقات قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ما تناول عقود التأمين على اختلاف أنواعها، كعقود التأمين على الحياة، وفيها يتعاقد المستأمن لمصلحة وارث معين بالذات أو لمصلحة ورثته جميعا دون تحديد ذاتيتهم، وفي الحالتين يكون للمنتفع حقاً مباشراً قبل شركة التأمين للمطالبة بمبلغ التأمين.

وكعقد التأمين لحساب من يملك الشيء المؤمن عليه (assurance au profit de qui il appartiendra) كبضاعة يؤمن عليها ضد التلف أو الحريق أو الغرق، فيستفيد من عقد التأمين كل من يملكها؛ وكعقد التأمين على المسؤولية، كالعقد الذي يعقده رب العمل مع شركة تأمين لمصلحة عماله، لتأمين مسؤوليته قبلهم عن الاضرار التي قد تصيبهم أثناء العمل.

وفي جميع التطبيقات السابق ذكرها نرى خروجا على قاعدة قصور حكم العقد على عاقديه، لأن المنتفع يكتسب حقا من عقد لم يكن طرفا فيه، إذ العقد يتم بين المشترط والمتعهد، أما المنتفع فهو أجنبي عنه، ومع ذلك يتلقى حقا منه، أي أن الاشتراط لمصلحة الغير اذا كان ثنائيا في تكو ينه إلا أنه ثلاثي في آثاره.

وقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير لم تكن معروفة في القانون الروماني كما أن القانون المدني الفرنسي لم يجزها (م ١١٢١) إلا في حالتين: هما الهبة مع تكليف مقرر لصالح الغير، واشتراط المتعاقد في عقد من عقود المعاوضة حقا لنفسه ثم حقا للغير. غير أن القضاء الفرنسي نزولا على مقتضيات الحياة توسع في تفسير النص.

المطلب الأول
شروط قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير وطبيعته

٢٦٥ ـ **تحديد الشروط :** الاشتراط لمصلحة الغير هو كما سبق أن رأينا، وكما يستخلص من التطبيقات التي عرضناها، عمل قانوني يشترط فيه شخص يسمى المشترط على شخص آخر يسمى المتعهد بأن يقوم بأداء معين لمصلحة شخص آخر يسمى المنتفع.

وعقد الاشتراط حتى ينعقد صحيحاً يجب أن تتوافر فيه شروط معينة، ومن هذه الشروط ما يتعلق بارادة المتعاقدين، وما يتعلق بشخص المنتفع، وما يتعلق بمصلحة المشترط في الاشتراط.

٢٦٦ ـ **الشروط المتعلقة بارادة المتعاقدين :** يتم عقد الاشتراط بين المشترط والمتعهد، أما المنتفع أي المستفيد فهو أجنبي عنه، لأن المشترط ليس نائباً أو فضولياً يعمل باسم غيره أي باسم المنتفع. و يجب أن تتجه إرادة المتعاقدين أي إرادة كل من المشترط والمتعهد إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع، فان لم تتجه إلى ذلك، بأن كان الحق الناشيء من العقد خاصا بالمشترط ولكن تعود منه فائدة على غيره، فلا اشتراط لمصلحة الغير.

وإرادة المتعاقدين في إنشاء حق مباشر للمنتفع في عقد الاشتراط قد تكون صريحة كما قد تكون ضمنية، غير أن القضاء الفرنسي توسع في بعض الحالات في تصو ير الارادة الضمنية الى حد افتراض وجودها، من ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من أن المسافر في تعاقده مع شركة النقل يعتبر مشترطا لمصلحة زوجه وأولاده إذا اصيب في حادث مميت أثناء السفر، بحيث يكون لهؤلاء الرجوع مباشرة على شركة النقل على أساس المسؤولية التعاقدية، غير أن هذا القضاء لم يسلم من نقد شراح القانون الفرنسي لأن أساسه فكرة الافتراض أو الحيلة.

٢٦٧ ـ **الشروط المتعلقة بشخص المنتفع :** لا يشترط في المنتفع الا أن يكون موجوداً وقت أن يرتب الاشتراط أثره، فان لم يكن موجوداً في هذا الوقت بطل الاشتراط، ولا يترتب على بطلان الاشتراط بطلان العقد نفسه الذي تضمن هذا الاشتراط، بل يظل صحيحا وتتحول الفائدة التي يحققها إلى المشترط أو ورثته، مثال ذلك عقد تأمين لمصلحة ولد المؤمن له، فان مات دون ولد انتقل الحق في التأمين إلى ورثته كجزء من تركته؛ وعلى هذا الأساس نص المشرع الاردني في المادة ٢١٢ مدني

على جواز أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو جهة مستقبلة، وعلى جواز أن يكون شخصا أو جهة لم يعينا وقت عقد الاشتراط، ما دام من المستطاع تعيينهما وقت أن يرتب العقد أثره، كما في التأمين لحساب من يملك الشيء المؤمن عليه، إذ سيتعين المنتفع وقت الحادثة المؤمن ضدها.

٢٦٨ ـ **الشروط التي تتعلق بمصلحة المشترط في الاشتراط:** يجب لسلامة الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون للمشترط مصلحة شخصية في الاشتراط لغيره، فان انتفت هذه المصلحة بطل الاشتراط دون العقد الذي يتضمنه. ومصلحة المشترط في الاشتراط لغيره قد تكون مادية أو أدبية (م ٢١٠/١ مدني أردني).

وفكرة المصلحة هذه هي التي اعتمدها القانون الفرنسي القديم في تقرير الاستثناءات الخاصة بصحة الاشتراط لمصلحة الغير. وقد توسع الفقه والقضاء في الوقت الحاضر في تصو ير فكرة المصلحة الأدبية حتى يندر أن يتصور بطلان الاشتراط لمصلحة الغير لتخلف هذا الشرط، بل إن في مجرد الاشتراط لمصلحة الغير ما يفترض وجود هذا الشرط.

٢٦٩ ـ **طبيعة الاشتراط لمصلحة الغير:** والآن وقد حددنا الشروط الواجب توافرها لصحة الاشتراط لمصلحة الغير، يمكننا أن نتناول بيان طبيعته. وقد أثارت طبيعة الاشتراط لمصلحة الغير الخلاف بين الفقهاء الذين اهتموا بمعالجة هذا الموضوع على إثر ما صادفته عقود التأمين على الحياة من ذيوع وانتشار؛ وقد ترتب على اختلاف وجهات نظر الفقهاء أن تعددت النظريات المقترحة في هذا الشأن، من ذلك:

أولا ـ نظرية الايجاب، وقوام هذه النظرية كما يرى أصحابها أن المشترط بعد أن يكتسب الحق قبل المتعهد يوجب للمنتفع بقصد نقل هذا الحق اليه، فاذا قبل المنتفع الايجاب الموجه اليه انعقد عقد جديد بينه و بين المشترط، وعلى أساس هذا العقد ينتقل إليه الحق الذي كان للمشترط قبل المتعهد.

غير أنه يلاحظ على هذه النظرية أنها تجعل الاشتراط لمصلحة الغير تطبيقا لقاعدة قصور حكم العقد على عاقديه لا استثناء منها؛ كما أنها تؤدي الى نتيجة تفقد الاشتراط لمصلحة الغير فائدته، إذ فائدة الاشتراط لمصلحة الغير، أن المنتفع يكتسب حقاً مباشراً قبل المتعهد، وأن هذا الحق لا يمر بذمة المشترط فلا يتعرض المنتفع بالنسبة له لمزاحمة دائني هذا المشترط، على حين أن في الأخذ بهذه النظرية ما يؤدي الى عكس هذه النتيجة.

ثانيا ـ نظرية الفضالة، وجماع هذه النظرية كما يذهب أنصارها أن المشترط يعتبر

فضوليا يعمل لمصلحة المنتفع، فاذا أقر المنتفع عمله، انقلبت الفضالة بالاقرار إلى وكالة فيصبح المنتفع هو المتعاقد مع المتعهد. ولكن يعيب هذه النظرية أن أساسها فكرة الافتراض أو الحيلة، وهي فكرة صناعية لا تحجب ما بين الفضالة والاشتراط لمصلحة الغير من فروق أهمها أن المشترط يجب أن تكون له مصلحة شخصية في الاشتراط، على حين أن هذه المصلحة منعدمة في الفضالة.

ثالثاً ــ نظرية الارادة المنفردة، و يرى أصحابها أن مصدر حق المنتفع هو الارادة المنفردة للمتعهد. ولكن يؤخذ على هذا الرأي أنه لا يتفق وأحكام الاشتراط لمصلحة الغير، إذ وفقاً لهذه الأحكام يكون للمشترط دون المتعهد نقض الاشتراط قبل أن يعلن المنتفع رغبته في الاستفادة منه؛ ولو كان مصدر حق المنتفع هو الارادة المنفردة للمتعهد، لثبت هذا الحق للمتعهد لا للمشترط.

رابعا ــ نظرية الحق المباشر، وهذه النظرية هي التي يكاد ينعقد عليها إجماع الفقهاء في الوقت الحاضر. وأساس هذه النظرية أن العقد بين المشترط والمتعهد يكسب المنتفع حقاً مباشراً قبل المتعهد، وأنه إذا كان في هذه الظاهرة خروج حقيقي على قاعدة نسبية آثار العقد، الا أن ليس فيها ما ينافي حكم العقل، بل مثلها مثل ظاهرة النيابة، وفيها يتم العقد بارادة النائب ومع ذلك تنصرف آثاره الى الأصيل مباشرة، والظاهرتان تتضمنان في الواقع خروجا على الأحكام العامة في التعاقد، ولذا فمن العبث محاولة ردهما إلى هذه الأحكام، و يكفي في تبريرهما أن الحاجات العملية حملت المشرع على اقرارهما كنظامين مستقلين عن نظام العقد بأحكامه المعروفة.

المطلب الثاني
آثار الاشتراط لمصلحة الغير

٢٧٠ ــ **العلاقات المترتبة على الاشتراط لمصلحة الغير:** يترتب على الاشتراط لمصلحة الغير قيام ثلاثة أنواع من العلاقات القانونية وهي: أولا ــ العلاقة بين المشترط والمتعهد، وثانياً ــ العلاقة بين المشترط والمنتفع، وثالثاً ــ العلاقة بين المتعهد والمنتفع، وسنبحث فيما يلي في كل من هذه العلاقات.

٢٧١ ــ **علاقة المشترط بالمتعهد:** يحكم العلاقة بين المشترط والمتعهد العقد الذي تم بينهما، وقد يكون هذا العقد هبة مع تكليف مقرر على المتعهد لمصلحة المنتفع، أو عقد تأمين على الحياة يكون المشترط فيه هو المؤمن له، والمتعهد هو شركة التأمين، والمنتفع هو المستحق لمبلغ التأمين.

وللمشترط بموجب المصلحة المادية أو الأدبية التي له في الاشتراط أن يراقب تنفيذ المتعهد لالتزامه نحو المنتفع، بل قد يستفاد من عقد الاشتراط أن حق مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع، قاصر على المشترط وحده، وهو ما قد يقع في عقود الاشتراط بين الحكومة وشركات الاحتكار بالنسبة للشروط المقصود بها حماية أفراد الجمهور. وعلى النقيض من ذلك قد يستفاد من العقد أن للمنتفع وحده مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه نحوه، وإلى هذا أشارت المادة ٣/٢١٠ مدني أردني بقولها «و يجوز أيضا للمشترط ان يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو صاحب الحق في ذلك».

وحقوق المشترط قبل المتعهد إذا لم يقم هذا الأخير بتنفيذ التزامة نحو المنتفع، هي الحقوق المقررة في القواعد العامة: من حق المطالبة بالتنفيذ أو في المطالبة بالتعو يض ــ مع ملاحظة أن التعو يض في هذه الحالة يكون عن الضرر الذي أصابه هو من عدم تنفيذ المتعهد لالتزامه، لا عن الضرر الذي أصاب المنتفع من جراء ذلك ــ أو في المطالبة بفسخ العقد لعدم قيام المتعهد بالتزامه، والحق في طلب الفسخ قاصر على المشترط دون المنتفع لأن الأخير لم يكن طرفاً في عقد الاشتراط.

٢٧٢ ــ **علاقة المشترط بالمنتفع :** تحدد علاقة المشترط بالمنتفع بالدافع الى الاشتراط، فقد يكون هذا الدافع هو قصد التبرع من جانب المشترط للمنتفع، أو قصد إنهاء أو إنشاء علاقة معاوضة بينهما.

فاذا كان المقصود من الاشتراط هو التبرع للمنتفع، فان الاشتراط في هذه الحالة يكون في علاقة المشترط بالمنتفع هبة مستترة، ولذا لا يخضع للشروط الشكلية في الهبة وإن خضع لشروطها الموضوعية من وجوب توافر أهلية التبرع في المشترط، ومن جواز الطعن في الاشتراط بدعوى عدم نفاذ التصرفات من جانب دائني المشترط ولو كان المنتفع شخصا حسن النية (م ٣٧٠ مدني اردني).

أما اذا لم يكن القصد من الاشتراط هو التبرع للمنتفع فان العلاقة بين هذا الأخير والمشترط يحددها عقد المعاوضة الموجود بينهما.

على أن أهم ما يعرض في علاقة المشترط بالنفع هو جواز نقص المشارطة من جانب الأول، وقبول المنتفع للاشتراط، ولذا سنتناول هذين الموضوعين بالبحث قبل دراسة علاقة المتعهد بالمنتفع.

٢٧٣ ـ **حق المشترط في نقض المشارطة :** يستمد المشترط حقه في نقض المشارطة من عقد الاشتراط المبرم بينه و بين المتعهد، وهذا النقض جائز طالما لم يعلن المنتفع بعد رغبته في الاستفادة من المشارطة.

وحق نقض الاشتراط لا يكون الا للمشترط، لأنه هو الذي أوجد حق المنتفع في ذمة المتعهد. وهذا الحق أي حق النقض حق شخصيا للمشترط فلا يجوز لدائنه أو لورثته مباشرته (م ١/٢١١ مدني أردني). والعلة في هذا أن الدائن، لو خول هذا الحق فلن يحجم عن استعماله خاصة اذا كان مدينه معسراً، وأن الوارث لن يتردد في مباشرته مدفوعا في ذلك بعامل المصلحة الشخصية، فحماية لحق المنتفع، قصر المشرع حق النقض على المشترط وحده دون دائنيه أو ورثته.

على أن الحق في نقض الاشراط قد لا يكون قاصراً على المشترط، بل قد يشاركة فيه المتعهد، بمعنى أنه لا يجوز للمشترط استعماله الا بموافقة المتعهد، ومثل هذا القيد قد يتفق عليه صراحة أو ضمنا اذا كان للمتعهد مصلحة في الوفاء للمنتفع دون غيره. كما في حالة بيع المدين الراهن العين المرهونة مع اشتراط قيام المشتري بوفاء دين الدائن المرتهن، فهنا للمشتري وهو المتعهد مصلحة في الوفاء للدائن المرتهن وهو المنتفع حتى يخلص العين المبيعة من الرهن.

ولا يشترط في نقض المشارطة أن يتخذ شكلا معيناً، فقد يكون صريحاً أو ضمنياً، وهو عادة يقع في شكل اعلان موجة الى المتعهد حتى يمتنع عن تنفيذ التزامه قبل المنتفع.

وإذا نقض المشترط المشارطة، أي نقض حق المنتفع، فقد يحل منتفعا آخر محله، وهو ما يقع عادة في عقود التأمين على الحياة، وفي هذه الحالة يعتبر حق المنتفع الثاني ثابتاً من وقت انعقاد عقد الاشتراط لا من وقت تعيينه.

وإذا حدث ونقض المشترط حق المنتفع ولم يحل أحداً محله فلا تبرأ ذمة المتعهد قبله إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك، فاذا لم يتفق على شيء من هذا، أضيف الحق الناشيء من المشارطة إلى المشترط، وانقلبت المشارطة إلى عقد عادي (م ٢/٢١١ مدني أردني).

٢٧٤ ـ **قبول المنتفع للاشتراط :** ينقضي حق المشترط في نقض المشارطة بوفاته، لأن هذا الحق لا ينتقل الى ورثته كما سبق أن رأينا، كما ينقضي بقبول المنتفع للاشتراط[١].

---

١. قد يكون حق النقض مما لا يجيزه العقد، فمثلا إذا باع شخص عقارا مرهونا واشترط على المشتري دفع بعض الثمن للدائن المرتهن سدادا للدين، فهنا يكون عدم جواز نقض الاشتراط لمصلحة الدائن المرتهن مما يوجبه العقد، لما للمشتري من مصلحة في تطهير العقار من الرهن.

وقبول المنتفع لا يكسبه الحق، لأن هذا الحق قد ثبت له من وقت انعقاد عقد المشارطة، ولذا يكون المقصود من القبول هو حرمان المشترط من حق نقض المشارطة من ناحية، وعدم فرض الحق الناشيء منها على المنتفع رغما عنه من ناحية أخرى.

ولا يشترط في القبول أن يتخذ شكلا معيناً، حتى ولو كان الاشتراط متضمنا لهبة، لأنه كما قلنا هبة مستترة، وعلى ذلك يصح أن يقع القبول صريحاً أو ضمنياً.

والقبول يجب أن يعلن للمشترط أو للمتعهد. و يتعين إعلانه للمتعهد حتى يسري في حقه. ولا يعتبر سكوت المنتفع عن إعلان رأيه رفضا للاشتراط، بل بالعكس يفترض أنه قبول له.

و إذا توفي المنتفع قبل إعلان قبوله انتقل هذا الحق إلى ورثته من بعده، ما لم يتبين من عقد الاشتراط أن المشترط قد قصد صراحة أو ضمنا قصر الحق على المنتفع وحده.

وليس هناك مدة يتعين فيها على المنتفع إبداء رأيه فيها بالقبول أو الرفض، إلا إذا كان المشترط قد حدد هذه المدة في عقد الاشتراط أو في إعلان لاحق للمنتفع، وفي هذه الحالة إذا انقضت المدة دون أن يعلن المنتفع قبوله يعتبر رافضاً للاشتراط.

٢٧٥ ــ **تعاصر القبول والنقض** : قد يحدث أن يتعاصر قبول المنتفع للاشتراط مع نقض المشترط له، وفي هذه الحالة تكون العبرة في القانون المدني الأردني بالاعلان عن الارادة الذي يصدر أولا وذلك تطبيقا للمادة ١٠١ مدني اردني التي أخذت بنظرية إعلان القبول؛ أما في القانون المصري فالعبرة بما علم به المتعهد أولا، فاذا علم أولا بالقبول فلا يترتب على النقض أثره، واذا علم أولا بالنقض امتنع القبول وذلك تطبيقا للمادة ٩١ مدني مصري في شأن أثر التعبير عن الارادة.

هذا و يلاحظ أنه إذا كان الاشتراط تبرعاً من المشترط للمنتفع، فيجوز للمشترط نقض الاشتراط حتى بعد قبول المنتفع له ــ إلا أن يقوم مانع من الرجوع فيه.

٢٧٦ ــ **علاقة المتعهد بالمنتفع** : يكتسب المنتفع كما سبق أن ذكرنا حقاً مباشراً من عقد الاشتراط الذي تم بين المشترط والمتعهد (م ٢/٢١٠ مدني اردني)، ولذا يصبح دائناً شخصياً للمتعهد، له مطالبته بتنفيذ التزامه، والرجوع عليه بالتعو يض في حالة امتناعه، كذلك له الاستفادة من كافة التأمينات المقدمة من المتعهد لضمان تنفيذ التزامه، ما لم يتبين أن هذه التأمينات قاصرة على ضمان حق المشترط الشخصي قبل المتعهد.

ولكن ليس للمنتفع كما سبق أن رأينا أن يطلب فسخ العقد أي عقد الاشتراط،

في حالة عدم تنفيذ المتعهد لالتزامه، لأنه لم يكن طرفاً في هذا العقد.

ورجوع المنتفع على المشترط مطالباً إياه بتنفيذ التزامه يفترض أن عقد الاشتراط قد تم صحيحاً، وعلى ذلك إذا تعلق بهذا العقد سبب من أسباب البطلان كان للمتعهد أن يدفع بذلك في مواجهته، وعلى هذا نصت المادة ٢/٢١٠ مدني اردني بقولها «و يكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التي تنشأ عن العقد».

وإذا كان الدفع الذي للمتعهد قبل المنتفع قائما على عدم تنفيذ المشترط لالتزامه، فيجوز للمنتفع أن يقوم هو بتنفيذ هذا الالتزام حتى يحمل المتعهد على تنفيذ تعهده، كما لو كان الاشتراط من قبيل عقود التأمين، وكان المشترط قد تأخر في سداد قسط من أقساط التأمين، فيجوز للمنتفع سداد هذا القسط حتى يجرد المتعهد من الدفع بعدم التنفيذ.

الفصل الثالث
تنفيذ العقد وزوال الرابطة التعاقدية

٢٧٧ ـ **القوة الملزمة للعقد:** يترتب على انعقاد العقد صحيحا نشوء رابطة قانونية بين طرفيه تسمى بالرابطة التعاقدية، وهي ملزمة للمتعاقدين، الدائن منهما والمدين، وقد عبر المشرع المصري عن قوة هذه الرابطة في المادة ١٤٧ بقوله «العقد شريعة المتعاقدين»؛ كما عبر عنها المشرع الأردني في المادة ٨٧ مدني بقوله «العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر، وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه و يترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر»، كما نص في المادة ١/١٩٩ مدني على أنه «يثبت حكم العقد في المعقود عليه و بدله بمجرد انعقاده دون توقف على القبض أو أي شيء آخر ـ ما لم ينص القانون على غير ذلك».

وقد رتب المشرع على ذلك أولا وجوب تنفيذ ما تقضي به الرابطة القانونية، أي وجوب تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، ثانيا عدم جواز حل هذه الرابطة بارادة واحدة أي بارادة أحد المتعاقدين فقط إلا في الحالات التي نص عليها صراحة.

وسنتناول في هذا الفصل البحث في تنفيذ العقد، وما يترتب على عدم التنفيذ من قيام مسؤولية العاقد، ثم أسباب زوال الرابطة التعاقدية.

الفرع الأول
تنفيذ العقد

٢٧٨ ـ **تحديد الموضوع :** يلتزم المتعاقد بمقتضى العقد الصحيح بتنفيذ الالتزامات التي يرتبها هذا العقد في ذمته، والى هذا أشارت المادة ٢/١٩٩ مدني أردني بقولها «أما حقوق العقد فيجب على كل من الطرفين الوفاء بما أوجبه العقد عليه منهما».

وتطبيقاً لما جاء في المادة ١٩٩ مدني بفقرتيها في شأن حكم العقد وحقوقه أورد المشرع الأردني المادتين ٢٠٠ و ٢٠١ في شأن عقود المعاوضة على الأعيان وعلى منافعها من حيث ثبوت الملك لكل معاوض في بدل ملكه، ووجوب تسليم كل منهما لما التزم به، وقد سبق التعرض لهاتين المادتين والتعليق عليهما عند بحث آثار العقد بالنسبة إلى المتعاقدين.

وموضوع تنفيذ العقد يثير ثلاثة مسائل هي : تفسير العقد، وتحديد مضمونه، واحترام قانون العقد.

المبحث الأول
تفسير العقد

٢٧٩ ـ **قواعد التفسير :** تفسير العقد من عمل القاضي، غير أن المشرع لم يترك للقاضي كامل الحرية في شأن تفسير العقود، بل الزمة اتباع قواعد معينة لضمان عدم خروجه عن حدود مهمته الأصلية وهي تفسير العقد، إلى التعديل فيه.

وقد تناول المشرع الأردني هذه القواعد في المواد ٢١٣ الى ٢٤٠ من القانون المدني؛ و يعنينا في دراسة هذه المواد أن نشير إلى حقيقة منهجية، وهي أن من هذه المواد ما تناول القواعد الأساسية في التفسير، وأن منها ما اقتصر على استعراض العوامل التي يسترشد بها القاضي في تفسير العقد.

والقواعد الأساسية في التفسير كما تستخلص من المادتين ٢٣٩ و ٢٤٠ مدني تتعرض لحالات وضوح عبارة العقد، وغموض عبارة العقد، وقيام شك في التعرف على الارادة المشتركة للمتعاقدين[1].

---

١. تطابق المادتان ٢٣٩ و ٢٤٠ مدني أردني المادتين ١٥٠ و ١٥١ من التقنين المدني المصري.

المطلب الأول
وضوح عبارة العقد

٢٨٠ ـ **إعمال العبارة الواضحة**[١]: الأصل في العقد رضا المتعاقدين وما التزماه في التعاقد كما تقول المادة ٢١٣ مدني اردني، واذا كانت عبارة العقد واضحة فيتعين وفقا للفقرة الأولى من المادة ٢٣٩ التزام هذه العبارة، ذلك أن هذه الفقرة تنص على أنه «اذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين». أي أنه إذا كانت العبارة واضحة لزم أن تعد تعبيراً صادقا عن إرادة العاقدين المشتركة، ولا يجوز الانحراف عن هذا التعبير لاستقصاء ما أراده العاقدان حقيقة، من طريق التفسير أو التأويل، تلك قاعدة يقضي استقرار التعامل حرصا بالغا في مراعاتها.

٢٨١ ـ **المقصود من وضوح العبارة** : الأصل في التشريع الأردني وفي الفقه الاسلامي الذي أخذ عنه، هو الاعتداد بالارادة الظاهرة، وعلى أساس هذه القاعدة وضع المشرع الاردني المبدأ السالف الذكر في شأن وجوب التزام القاضي عبارة العقد الواضحة لأنها عنوان الارادة الظاهرة.

والمقصود بوضوح عبارة العقد ليس وضوح كل جملة على حدة، بل هو وضوح دلالة العقد من مجموع ما جاء فيه من عبارات، لأن الأصل أن يعتبر العقد وحدة متصلة الأجزاء متكاملة الأحكام كلما دعت الحاجة إلى تفسيره أو تطبيقه. ولذا قد يقع في بعض الأحيان أن يتسم العقد بالغموض بالرغم من وضوح، عبارته، كما لو كان هناك تعارض بين بعض العبارات الواضحة، أو كانت العبارة الواضحة لا تتفق مع مضمون الأحكام الكلية للعقد، ولا جناح على القاضي في مثل هذه الحالة إذا عرض عن العبارة الواضحة و بحث النية المشتركة للمتعاقدين لتفسير العقد على هداها، متى ضمن حكمه علة العدول عن العبارة الواضحة، والاعتبارات المعقولة التي اعتمد عليها في الكشف عن الارادة الحقيقية للمتعاقدين، لأنه عن طريق الأسباب تستطيع محكمة التمييز (أي محكمة النقض) مراقبة قاضي الموضوع في تطبيقه لأحكام القانون في تفسير العقود.

٢٨٢ ـ **تفسير العقد وتكييفه** :يتصل بتفسير العقد تعيين طبيعة العملية القانونية المعقودة، وهذا ما يسمى بتكييف العقد (qualification). وتكييف العقد يعتبر أيضاً

---

١. يراجع في هذا الموضوع : «سالي» في الالتزامات في القانون الالماني، وفي إعلان الارادة ـ «مارتي» في التمييز بين الواقع والقانون أمام محكمة النقض رسالة «تولوز» سنة ١٩٢٩.

من عمل القاضي؛ بمعنى أن على القاضي بعد الكشف عن الارادة المشتركة للمتعاقدين تحديد الوصف القانوني للعقد، لأنه يتوقف على تحديد هذا الوصف بيان القواعد القانونية التي تحكم التعاقد.

والقاضي في تكييفه للعقد لا يتقيد بالوصف الذي يطلقه عليه المتعاقدان، ولو كانت العبارة المستعملة في بيان هذا الوصف عبارة واضحه. لأن الوصف الظاهر قد لا يطابق حقيقة الواقع إما لخطأ المتعاقدين في تخير العبارة وإما لرغبتهما في إخفاء حقيقة التعاقد، وفي الحالتين يجب الاعتداد بالوصف الحقيقي للعقد، وسلطة قاضي الموضوع في تحديد الوصف القانوني للعقد تخضع لرقابة محكمة التمييز، لأن وصف العقد من مسائل القانون لا من مسائل الواقع.

المطلب الثاني
غموض عبارة العقد

٢٨٣ ـ **الاعتداد بالارادة المشتركة للمتعاقدين**: تناولت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٩ مدني أردني حكم الحالة التي تكون فيها عبارات العقد غامضة، فقررت «أما اذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، و بما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات». أي أنه اذا كانت عبارة العقد غير واضحة بحيث تحتمل في جزئياتها أو في جملتها، أكثر من معنى تعين الالتجاء الى التفسير. والجوهري في هذا هو كشف الارادة المشتركة للمتعاقدين، لا الارادة الفردية لكل منهما، وهو ما ذهبت اليه محكمة التمييز في ١٩٧٧/٤/٣٠ عندما قررت أنه «من المبادىء المقررة في تفسير العقود أنه إذا لم تبلغ عبارات العقد من الوضوح الحد الذي يدعو إلى عدم الانحراف عن المعنى المقصود بها، فانه يتعين عند تفسيرها البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل موضوع العقد»(١).

ولكن ما المقصود بالارادة المشتركة للمتعاقدين؟ طبيعي أنه لا يقصد بها الارادة الباطنة لأن المشرع الأردني لا يأخذ بها، علاوة على أن هذه الارادة وما تؤدي اليه من وجوب البحث في النية قد ينتهي إلى افتراض إرادة للمتعاقدين غير إرادتيهما الحقيقية، ولذا يرى فريق من الشراح أن المقصود بالارادة المشتركة هي الارادة الممكن التعرف عليها (la volanté recannaissable) وهذه تحدد بما يمكن أن يفهمه كل

---

١. تمييز حقوق ١٩٧٧/٤/٣٠ مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٧٧ س ٢٥ ع ٧و٨ رقم ٧٧/١٦٣ ص ١٠٨٧.

متعاقد من التعبير الموجه إليه من المتعاقد الآخر وفقا للظروف التي يعلمها أو المفروض فيه العلم بها في الوقت الذي اتصل بعلمه هذا التعبير، وهو ما يتعين على القاضي البحث عنه.

٢٨٤ ـ **العوامل التي يسترشد بها القاضي في تفسير العقد**: ذكر المشرع الاردني في المادة ٢/٢٣٩ بعض العوامل التي يستطيع بها القاضي التعرف على الارادة المشتركة للمتعاقدين، فقرر أنه يجب الاستهداء في تفسير العقد بطبيعة التعامل، و بما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات.

و بجانب ذلك أورد المشرع الاردني ـ نقلا عن الفقه الاسلامي (١) ـ العديد من القواعد التي تساعد القاضي في تفسير العقد وتفهم النصوص القانونية، وذلك في المواد ٢١٤ الى ٢٣٨ مدني.

فأما طبيعة التعامل فيقصد بها نوع العقد وطبيعته، من ذلك ما قرره القضاء المصري من أن الشريك الموصى في شركة التوصية يجب أن يسهم فيها بنصيب في رأس المال ومحظور عليه أن يتدخل في إدارة الشركة، وعلى ذلك إذا تبين أن رأس مال الشركة قد دفع بأكمله من أحد الشريكين وأن الشريك الثاني قد ساهم بعمله فقط وأن اسمه قد ورد في عنوان الشركة، فانه يعتبر شريكاً متضامناً مع الشريك الأول في شركة تضامن بالرغم من تسمية الشركة بأنها شركة توصية، والنص في عقدها على أن الشريك الأول هو المسؤول وحده عن كافة التزاماتها.

هذا و يلاحظ أن طبيعة التعامل قد تؤدي إلى الكشف عن الارادة المشتركة لا للمتعاقدين بذاتهما، ولكن لكل عاقدين يتعاقدان على نحو معين في ظروف معينة، وهو ما قرره القضاء الفرنسي بالنسبة لشروط الاعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها التي تدرج عادة في عقود النقل العامة، فذهب الى أن طبيعة التعامل مع شركات النقل تقتضي اعتبار الشروط الواردة في تذكرة النقل سارية في حق المسافر دون أي تخصيص الا ما يكون متعارضا منها مع النظام العام، سواء في ذلك قرأ المسافر الشروط أم لم يقرأها، لأن ظروف العقد وطبيعة التعامل لا تمكن من إفهام كل مسافر على حدة شروط النقل التي يتم التعاقد عليها.

وأما الأمانة والثقة فيقصد بهما شرف التعامل في تفهم كل متعاقد للتعبير عن الارادة الصادرة من المتعاقد الآخر، فلا يجوز لأحد المتعاقدين اذا استبان ما في تعبير

---

١. تراجع المواد (٣ و١٢ و١٣ و١٥ و٢٢ و٣٨) ومن (٤٠ ـ ٤٨) ومن (٥٠ ـ ٥٣ و٥٨) ومن (٦٠ ـ ٦٦ و٨٧ و٩٥ و٩٩ و١٠٠) من المجلة.

المتعاقد الآخر من خطأ أو لبس أو قصور أن يستغل هذا النقص في تحقيق فائدة لا حق له فيها. فمثلا إذا كان العقد قد روعي فيه توافر عنصر من عناصر الضرر، فان الأمانة والثقة تقتضيان الاقتصار في تحديد التزامات كل متعاقد على الحدود التي كانت مفهومة فيما بينهما، دون أن تجاوز ذلك إلى مخاطر لم تدخل في حسابهما.

وأما العرف الجاري في المعاملات فيقصد به كل سنة جرى عليها العمل بين المتعاقدين نفسيهما أو بين المتعاملين في طراز العقد الذي ارتبط به المتعاقدان على نحو يجعل منها شرطا ضمنيا مفهوما في التعامل. من ذلك ما جاء في المادة ٨١٠/٢ مدني أردني في شأن تحديد أجر العامل من أنه «اذا لم يكن الاجر مقدراً في العقد كان للعامل أجر مثله طبقا لما جرى عليه العرف .... الخ».

٢٨٥ ـ **القواعد المساعدة في التفسير**: لما كانت العوامل السابقة الذكر قد لا تكفي في تفسير العقد وفي التعرف على الارادة المشتركة للمتعاقدين، فقد رأى المشرع الاردني أن يمد القاضي بجانبها بقواعد مساعدة استقاها من الفقه الاسلامي، ونص عليها في المواد ٢١٤ الى ٢٣٨ على ما سبق أن ذكرنا. وهذه القواعد مستمدة بصفة خاصة من الفقه الحنفي ومما ورد في المجلة في هذا الموضوع. كل ذلك مع ملاحظة أن من هذه القواعد ما هو قواعد كلية منقطعة الصلة بالتفسير على ما سنرى، ولذا كان ورودها في القانون المدني الأردني تحت عنوان «تفسير العقود» هو من قبيل التزيد الذي لا مبرر له.

فالمادة ٢١٤ تنص على أن «١ ـ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني. ٢ ـ والأصل في الكلام الحقيقة فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حملة على معناه الحقيقي».

كما تقضي المادة ٢١٥ بأنه «لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح».

والمادتان كما نعلم مستقاتان من الفقه الاسلامي، واذا كانت الفقرة الأولى من المادة ٢١٤ توجب بأن يعتد في التفسير بالمقاصد والمعاني، فان هذا لا يعني أن الفقه الاسلامي يعتد بالارادة الباطنية في هذا الخصوص، إذ أن المقاصد والمعاني التي تراعى هي تلك التي تستخلص من العبارات والصيغ المستعملة، ولهذا نصت الفقرة الثانية من هذه المادة على أن الأصل في الكلام الحقيقة، لأنه لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح كما تقول المادة ٢١٥، هذا إلى جانب ما تنص عليه المادة ٦٨ من المجلة من أن «دليل الشيء في الأمرر الباطنة يقوم مقامه» يعني أن يحكم بالظاهر فيما يتعذر الاطلاع عليه.

والخلاصة أن العبرة في التفسير في الفقه الاسلامي بالارادة الظاهرة كما

تستخلص من العبارات والصيغ التي استعملها المتعاقدان (١).

وتنص المادة ٢١٦ على أن «إعمال الكلام أولى من اهماله، لكن إذا تعذر إعمال الكلام يهمل».

وهذه المادة تطابق في حكمها المادة ٦٠ من المجلة التي تقول «إعمال الكلام أولى من اهماله، يعني لا يهمل الكلام ما أمكن حمله على معنى. مثاله لو وقف على أولاده وليس له إلا أولاد أولاده حمل عليهم صونا للفظ».

وكذلك المادة ٦٢ من المجلة التي تقول «إذا تعذر إعمال الكلام يهمل»،يعني أنه إذا لم يمكن حمل الكلام على معنى حقيقي أو مجازي أهمل. ومثاله لو أقر لزوجته التي هي من نسب آخر معروف وأكبر منه سناً أنها ابنته فلا يمكن حمل كلامة هذا على معنى حقيقي لأنها أكبر منه سنا ومن نسب معروف، ولا على معنى مجازي أي معنى الوصية لكونها وارثة له ولا وصية لوارث فيهمل كلامه (٢).

وتنص المادة ٢١٧ على أن «ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكره كله». ومثالها أن الشفيع لو ترك شفعته بنصف المشفوع فيه وطلب النصف الآخر، سقط حقه في الشفعة، لأن حق الشفعة لا يتجزأ (م ١٠٤١ من المجلة). أما ذكر بعض ما يتجزأ فليس كذكر كله، فلو أبرأ دائن مدينة من نصف الدين بريء من هذا النصف فقط(٣).

وتنص المادة ٢١٨ على أن المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة. وهي تطابق المادة ٦٤ من المجلة، وهذه قاعدة من قواعد فن المنطق، وقد عرف المطلق بأنه «الأمر المجرد من القرائن الدالة على التخصيص والتعميم والتكرار والمرة»، و يقابله المقيد «وهو المقارن لاحدى هذه القرائن». وقد أتى شراح المجلة بأمثلة لتقييد التصرف نصا ودلالة، فالتقييد بالنص يعني اقتران التصرف بقيد كتحديد الموكل للوكيل مقدار الثمن الذي يبيع به؛ أما التقييد دلالة فيستخلص من حال الموكل وعمله إذا وكل آخر – دون أن يحدد السعر – في شراء شيء تقتضيه مهنته.

وقد أخذت بهذه القاعدة محكمة التمييز بما قررته من أن «المادة (٤/١/ب) من قانون المالكين والمستاجرين قد خولت المؤجر طلب تخلية المأجور إذا أضر به المستأجر بصوره مطلقة، ومعلوم أن المطلق يجري على إطلاقه بحيث يشمل الضرر الانشائي

---

١. المرحوم عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي جـ٦ ص ٢٨ وما بعدها.
٢. الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦٨ و٦٩ و٧٦ و٧٧.
٣. المرحوم عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ص ٣٨.

والمعماري الجزئي والكلي»(١).

وتنص المادة ٢١٩ (٦٥ مجلة) على أن «الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر»، وقد طبقت محكمة التمييز هذه القاعدة بما قررته من «أن القانون وإن كان يوجب تقدير قيمة النقص الذي أصاب المال المنقول عن طريق معاينته من قبل الخبراء، إلا أنه أجاز هذا التقدير عن طريق الوصف في حالة عدم وجود ذلك المال، وذلك إعمالا للقاعدة القانونية القائلة الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر»(٢).

وتنص المادة ٢٢٠ على أن «١ ـ العادة محكمة عامة كانت أو خاصة ٢ ـ وتعتبر العادة اذا اطردت أو غلبت، والعبرة للغالب الشائع لا للنادر. ٣ ـ تترك الحقيقة بدلالة العادة».

وأصل قاعدة أن العادة محكمة (م ٣٦ مجلة) قول الرسول عليه الصلاة والسلام «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»، والعادة تعتبر عامة اذا كان متعارف عليها في سائر البلاد، وتعتبر خاصة إذا كان متعارف عليها عند قوم أو في بلدة. و يجب لكي تثبت العادة حكما شرعيا أن تكون غالبة مطردة؛ والعبرة للغالب الشائع ولذا قدر الفقهاء سن البلوغ بالسنة الخامسة عشرة، لأنها السن الذي يبلغ الأولاد فيه غالباً، فمن خرج منهم عن هذه القاعدة كان نادراً لا يعتد به. أما قاعدة الحقيقة تترك بدلالة العادة (م ٤٠ مجلة) مثلها أن الفقيه لا يطلق عند الفقهاء إلا على المجتهد، ولكن لو وقف رجل ماله أو اوصى به للفقهاء دخل فيهم المقلد، لأن لفظ الفقيه يطلق عليه عرفا.

ومن قبيل العادة ما قررته محكمة التمييز في ١٩٨١/١١/٣٠ من أن «العادة تجيز لمستأجر المحل لتعاطي مهنة (السمانة) أن يبيع الخضار في هذا المحل، والعادة محكمة»(٣).

وتنص المادة ٢٢١ على أن «ما يثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه» أي أن الاستثناء لا يقاس عليه.

وتنص المادة ٢٢٢ على أن «الضرورات تبيح المحظورات» من ذلك أن المال غير المتقوم شرعاً كالخمر والخنزير في حيازة المسلم، يباح الانتفاع به في حالة الضرورة، و يصعب ادراج هذه القاعدة ضمن قواعد تفسير التصرفات القانونية.

---

١. تمييز حقوق في ١٩٨٢/١/٢ مجلة نقابة المحامين ١٩٨٢ س ٣٠ ع ٥ ـ ٨ رقم ٨١/٥٨٥ ص ٦٦٤.
٢. تمييز حقوق في ١٩٨٢/١٢/١٦ مجلة نقابة المحامين ١٩٨٣ س ٣١ ع ١ ـ ٤ رقم ٨٢/٧٦٧ ص ٣٦٩.
٣. تمييز حقوق في ١٩٨١/١١/٣٠ مجلة نقابة المحامين ١٩٨١ س ٣٠ ع ٤ ـ ٧ رقم ٨١/٦٢٠ ص ٥٦١.

وتنص المادة ٢٢٣ على أن «الممتنع عادة كالممتنع حقيقة» (م ٣٨ مجلة). فلو أدعى رجل معروف بالفقر بمبالغ كبيرة على آخر قال أنه اقرضها إياه، حال كون المدعى لم يرث ولم يصب مالا بوجه آخر، فلا تسمع دعواه لأنها بما يمتنع عادة فهي كالممتنع حقيقة.

وتنص المادة ٢٢٤ على أن «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» (م ٤٣ مجلة)؛ وتنص المادة ٢٢٥ على أن «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم» (م ٤٤ مجلة)؛ وتنص المادة ٢٢٦ (م ٤٥ مجلة)؛ على أن «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص»(١).

هذا و يلاحظ أن المواد من ٢٢٤ الى ٢٢٦ تتناول أثر العادة والعرف، سواء كان عرفاً عاماً أم عرفا خاصا بمهنة كالتجارة في استكمال مضمون العقد، وإنزاله منزلة القواعد المكملة لارادة المتعاقدين.

وتنص المادة ٢٢٧ (م ٤٦ مجلة) على أنه «إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع»؛ من ذلك أنه اذا باع شخص داراً من آخر، واشترط أن يكون له ريعها طول حياته؛ فمقتضى تملك المشتري للدار جواز التصرف فيها، ولكن تعارض مع هذا المقتضى مانع هو اشتراط الريع للبائع، فيجوز حتى يسلم الريع للبائع أن يفسر العقد على أن يمنع المشتري من التصرف في الدار طوال حياة البائع، وذلك لتعارض المانع من التصرف مع المقتضى له وتقديم المانع.

أما المواد ٢٢٨ الى ٢٣١ فتتناول حكم الفرع مع وجود الأصل، فتقرر أنه ينصرف الى الفرع حكم الأصل ولا عكس، وأنه اذا بطل أو سقط الأصل بطل وسقط الفرع.

فالمادة ٢٢٨ تقرر أن «التابع تابع ولا يفرد بالحكم» (م ٤٧ و٤٨ مجلة) فاذا بيع حيوان في بطنه جنين، دخل الحمل في بيع الأم تبعاً ولا يفرد بالبيع.

وتنص المادة ٢٢٩ (م ٥٠ مجلة) «إذا سقط الأصل سقط الفرع»؛ كما تقضي المادة ٢٣٠ بأن «الساقط لا يعود كما أن المعدوم لا يعود»؛ وتقرر المادة ٢٣١ (م ٥٢ مجلة) «إذ بطل الشيء بطل ما في ضمنه)؛ من ذلك قول الفقهاء إذا برىء الأصيل برىء الكفيل ولا عكس، وأنه اذا فسد الصلح والبيع، بطل ما وقع في ضمنهما من الاقرار والابراء بين المتعاقدين.

ومن قرارات محكمة التمييز تطبيقات لقاعدة انصراف حكم الأصل الى الفرع،

---

١. ذهب بعض الفقهاء في شأن الزواج بالمحلل من أن شرط التحليل ولو لم يذكر في العقد يعتبر كأنه منصوص عليه فيه لأن التعيين بالعرف كالتعيين بالنص (السروجي ــ الأموال ونظرية العقد في الفقه اسلامي بند ٤٢٧ ص ٣٠٠).

من ذلك ما ذهبت اليه المحكمة في قرارها الصادر في ١٩٨٢/٧/٦ من أن «الفقرة الرابعة من المادة ١٦ من قانون تسو ية الاراضي والمياه رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٢ لا تجيز إبرام أي عقد مغارسة بأرض تمت التسو ية فيها إلا بموجب عقد يسجل في دائرة التسجيل، كما نصت على أن كل عقد نظم خلافا لما ذكر لا تسمع الدعوى به في المحاكم، وحيث ان النص يشمل أيضا تعديل عقد المغارسة على اعتبار أن التابع تابع لا يفرد في الحكم.... الخ» (١).

وتنص المادة ٢٣٢ على أنه «إذا بطل الأصل يصار الى البدل» (م ٥٣ مجلة). ومؤدى هذه القاعدة كما جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني «أنه يجب إيفاء الأصل وهو الذي تتعلق به الأحكام، وإنما يجوز إيفاء البدل باتفاق الطرفين، ولا يجوز الوفاء بالبدل ما دام الأصل قائما، لأن إيفاء الأصل هو الأداء، أما إيفاء الشيء بالبدل فهو إيفاء بالخلف عن الأصل، والرجوع إلى الخلف مع وجود الأصل غير جائز، ومثاله المال المغصوب ادا كان موجوداً، فان على الغاصب وجوب رده عينا و إلا انتقل حق مالكه إلى البدل، ومؤدى ذلك أن محل الالتزام هو الأصل وهو ما تترتب عليه أحكامه» (٢).

وظاهر مما عرضته المذكرة الايضاحية تعليقاً على ما جاء في المادة ٢٣٢ مدني من أنه «إذا بطل الأصل يصار إلى البدل» وما أوردته من مثال لهذه القاعدة، أنها أي القاعدة إنما تتعلق بالتنفيذ، باعتبار أن التنفيذ العيني هو الأصل وأنه لا يلجأ إلى التنفيذ بمقابل إلا إذا استحال التنفيذ العيني أي أن القاعدة أقرب إلى موضوع التنفيذ منها إلى موضوع تفسير العقد.

وتنص المادة ٢٣٣ على أن «التصرف على الرعية منوط بالمصلحة». تتكلم القاعدة الواردة في هذه المادة عن معيار من معايير السلطة العامة في الدولة، ولذا فهي بعيدة عن موضوع تفسير العقد.

وتنص المادة ٢٣٤ على أن «السؤال معاد في الجواب» (م ٦٦ مجلة). يعني أن ما قيل في السؤال المصدق فكأن المجيب المصدق قد أقر به، فمثلا إذا وجه سؤال إلى المدعى عليه أن المدعى عليك بألف دينار من جهة كذا فماذا تجيب ؟ فأجاب نعم، فيكون قد أقر بالألف (٣).

وتنص المادة ٢٣٥ على أن «الغرم بالغنم»؛ من ذلك أن ما خرج من الشيء من

---

١. تمييز حقوق في ١٩٨٢/٧/٦ مجلة نقابة المحامين س ٣٠ ع ٨ ــ ١٢ رقم ٨٢/٤٥٨ ص ١٥١٩.
٢. المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني جـ ١ ص ٤٦٣.
٣. شرح المجلة للاستاذ سليم باز ص ٤٦.

غلة ومنفعة فهي للمشتري عوض ما كان عليه من ضمان الملك في حالة فسخ العقد للعيب، لأنه لو تلف المبيع كان من ضمانه، فالغلة في مقابلة الغرم.

وتنص المادة ٢٣٦ على أن «الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل» ولا حاجة بنا إلى التعليق على هذه المادة لأنها بعيدة عن موضوع تفسير العقد.

وتقضي المادة ٢٣٧ بأنه «من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه». والقاعدة التي تتناولها هذه المادة هي قاعدة موضوعية لا شأن لها بموضوع تفسير العقود، لأنها تقرر الجزاء على ابتغاء الحقوق قبل توافر أسباب استحقاقها، كقتل الوارث مورثه تعجلا للميراث، فانه يحرم منه.

وتقرر المادة ٢٣٨ أن «من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه». والقاعدة التي تقررها هذه المادة هي بدورها من قبيل القواعد الموضوعية أكثر منها من قبيل القواعد التفسيرية. و يتضح ذلك من الأمثلة التي تعطى لايضاح هذه القاعدة، كادعاء أحد طرفي العقد عدم لزومه بدعوى أنه قد جرى فضولا، حيث ينبغي العمل بقول مدعى الصحة والنفاذ لأن ذلك هو الأصل في الاثبات.

ومن ذلك ما ذهبت اليه محكمة التمييز في ١٩٨٢/١٢/١١ من أنه «يستفاد من نص المادة (١٣) من نظام الاقراض لمؤسسة الاسكان رقم (٦٦) لسنة ١٩٦٦ أن منع المقرض من تأجير الأرض قبل تسديد كامل الأقساط الا بموافقة مجلس إدارة المؤسسة إنما وضع لمصلحة المؤسسة بوصفها صاحبة المصلحة، هي التي تملك الحق في التمسك ببطلان عقد الايجار الذي تم دون الحصول على موافقة مجلس إدارتها، أما المقترض فلا يملك هذا الحق، لأن الايجار بموافقته، ولأن من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه (١).

و بجانب القواعد السابقة يستطيع القاضي، للتعرف على الارادة المشتركة للمتعاقدين، الاستعانة بقواعد أخرى من ذلك ما نص عليه المشرع الفرنسي: من أن عبارات العقد يفسر بعضها بعضا (م ١١٦١ مدني فرنسي)، وأنه اذا تحملت عبارة واحدة أكثر من معنى وجب استبعاد المعنى الذي يجردها من الأثر القانوني (م ١١٥٧ مدني فرنسي)، وأن تخصيص حالة بالذكر لا يفيد انفرادها بالحكم (م ١١٦٤ مدني فرنسي).

كذلك يجوز للقاضي أن يستعين في تفسير العقد بالظروف التي أحاطت

---

١. تمييز حقوق في ١٩٨٢/١٢/١١ مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٨٣ س ٣١ ع ١ ــ ٤ رقم ٨٢/٧٣٤ ص ٣٥٩.

بالتعاقد، و بالطريقة التي أخذ بها المتعاقدان في تنفيذ العقد، وعلى هذا استقر قضاء محكمة النقض في مصر ومحكمة التمييز في الاردن.

فمحكمة النقض المصرية ذهبت إلى أن «لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير العقود وتقرير ما ترى أنه كان مقصود المتعاقدين مستعينة بظروف الدعوى وملابساتها، و إذن فمتى كان الحكم قد استخلص النية المشتركة للمتعاقدين على أنها قد انصرفت الى قسمة الأموال المشتركة قسمة تمليك لا قسمة أنتفاع مستهديا في ذلك بمدلول عبارة العقد و بطريقة تنفيذه، وكان هذا الرأي الذي استخلصه الحكم هو استخلاص مما تحتمله عبارة العقد، فان النعي عليه بالخطأ في وصف العقد يكون على غير أساس».

ومحكمة التمييز الأردنية ذهبت إلى أن «القاعدة في تفسير العقود أنه يقتضي على المحكمة أن تأخذ بعين الاعتبار سلوك الطرفين في تنفيذ العقد للاستدلال منه على إرادة المتعاقدين حين العقد» (١).

كما ذهبت نفس المحكمة إلى أن «القاعدة أنه اذا تعارض شرط في العقد مطبوع مع شرط مكتوب باليد، فيعتبر الشرط المكتوب باليد وحده ملزما للفريقين على أساس أنه يعبر عن إرادتيهما.... وأن سلوك الفريقين في تنفيذ العقد هو تعبير عن إرادتيهما التي اتفقا عليها، فيلتزمان بما اتفقا عليه» (٢).

---

١. تمييز حقوق في ١٩٧٧/١٠/٢٤ مجلة نقابة المحامين ١٩٧٨ السنة ٢٦ ع ١ ـ ٦ رقم ٧٧/٣٢٦ ص ١٤٠.
٢. تمييز حقوق في ١٩٧٨/١٢/٢٦ مجلة نقابة المحامين ١٩٧٨ السنة ٢٦ ع ١ ـ ٦ رقم ٧٧/٣٨٨ ص ١٩٥.
أنظر تمييز جزاء وقد جاء فيه «إن قواعد التفسير لا تجيز الاعتماد أيضا على قصد المشرع من وضع النص. مجلة نقابة المحامين ١٩٧٩ س ٢٧ ع ١ ـ ٦ رقم ٧٨/٥٦ ص ٨١.

المطلب الثالث
قيام الشك في التعرف على الارادة المشتركة

٢٨٦ ـ **القواعد الواجبة الاتباع :** إذا تعذر على القاضي التعرف على الارادة المشتركة للمتعاقدين بالرغم من إعمال قواعد التفسير السابقة الذكر، تعين عليه في هذه الحالة الأخذ بقواعد العدالة وحسن النية، ومن هذه القواعد ما نص عليه المشرع الاردني في المادة ٢٤٠ مدني من أنه «١ ـ يفسر الشك في مصلحة المدين. ٢ ـ ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن».

٢٨٧ ـ **تفسير الشك في مصلحة المدين :** إذا عجز القاضي عن استقصاء الارادة المشتركة للمتعاقدين وفقا لأحكام التفسير السابق ذكرها، وظل الشك يتردد بين وجهتين تحتملهما عبارة العقد، تعين عليه في هذه الحالة أن يفسر الشك في مصلحة المدين. وهذه القاعدة المقررة في المادة ١/٢٤٠ مدني يمكن ردها إلى أن الأصل هو براءة الذمة، فاذا أدعى الدائن ما يخالف هذا الأصل تعين عليه إثبات ادعائه باقامة الدليل على وجود الدين وعلى مدى التزام المدين، كما يمكن رد هذه القاعدة كذلك إلى الاعتبارات العملية التي توجب رعاية المدين باعتباره الجانب الضعيف في العقد.

وهذه القاعدة واجبة الاتباع سواء تعلق الأمر بعقد من العقود الملزمة لجانب واحد، أم بعقد من العقود الملزمة للجانبين.

٢٨٨ ـ **التفسير في عقود الاذعان :** اذا كانت القاعدة في حالة الشك في التعرف على الارادة المشتركة للمتعاقدين هو تفسير الشك في مصلحة المدين، الا أنه في عقود الاذعان يتعين تفسير الشك في مصلحة الطرف المذعن دائناً كان أم مديناً (م ٢٤٠/٦ مدني). وتلك قاعدة عادلة تقوم على أساس أن الطرف المذعن هو الطرف الأضعف اقتصادياً، وأن رضاءه بالعقد أقرب الى معنى التسليم منه إلى معنى القبوِل الاختياري كما تقوم على أساس أن الطرف القوي هو الذي يستقل بتحرير العقد فاذا شابه غموض أو لبس أو إبهام، وجب ألا يفيد من هذا الغموض، أي وجب ألا يفيد من تقصيره في تضمين العقد شروطاً واضحة.

المطلب الرابع
سلطة محكمة التمييز في تفسير العقد

٢٨٩ ــ **القاعدة العامة :** تتقيد محكمة التمييز (محكمة النقض) في رقابتها على قاضي الموضوع بقاعدة عدم جواز التعرض للوقائع و بحث الموضوع، غير أن هذه القاعدة لا تمنع محكمة التمييز من فرض سلطتها على عمل القاضي في تفسير العقود، عن طريق الحكم لا على الوقائع التي تضمنتها الدعوى بل على الحكم الصادر في الدعوى، وذلك عن طريق وسائل شتى نعرض لها فيما يلي :

٢٩٠ ــ **وسائل مراقبة تفسير العقود :** تستطيع محكمة التمييز فرض سلطانها على عمل القاضي فيما يتعلق بتفسير العقود بوسائل مختلفة، من ذلك ما يأتي :

أولا ــ مراقبة تطبيق القاضي لقواعد التفسير الواردة في المادتين ٢٣٩ و٢٤٠ مدني، وتتمثل هذه الرقابة في حالة وضوح عبارة العقد، في نقض الحكم إذا انحرف عن العبارة الواضحة، وفي تأكيد وضوح العبارة اذا أدعى الحكم غموضها، و بالنسبة لعقود الاذعان في تحقيق وحدة التفسير بالنسبة للعقود المتماثلة.

ثانياً ــ مراقبة كفاية الأسباب التي يستند إليها قاضي الموضوع في الأخذ بتفسير معين، واستلزام ردها إلى الثابت من وقائع الدعوى.

ثالثا ــ مراقبة تكييف العقد وتحديد وصفه القانوني، لأن بيان طبيعة العقد من مسائل القانون التي لا يستقل بها قاضي الموضوع.

المبحث الثاني
تحديد مضمون العقد

٢٩١ ـ **استكمال العقد:** بعد أن يفرغ القاضي من تفسير العقد، ينتقل الى تحديد مضمونه، وتحديد مضمون العقد لا يقتصر على ما ورد في العقد وفقا للارادة المشتركة للمتعاقدين، بل يتناول كذلك ما يعتبر من مستلزمات العقد، وقد وضع المشرع الأردني قاعدة في هذا الشأن أشار إليها في المادة ٢/١٠٠، كما نص عليها في المادة ٢٠٢.

وتقضي الفقرة الثانية من المادة ١٠٠ بأنه «وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل، فيعتبر العقد قد انعقد، واذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة»(١).

وتقرر المادة ٢٠٠ أنه «١ ـ يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه و بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. ٢ ـ ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف وطبيعة التصرف»(٢).

وطبقا للمادتين السالفتي الذكر يرجع في شأن استكمال ما نقص في مضمون العقد إلى طبيعة التصرف أو الالتزام، والقانون، والعرف، والعدالة.

٢٩٢ ـ **طبيعة التصرف:** يرجع الى طبيعة التصرف لتحديد مضمونه، وقد نص المشرع الاردني على ذلك فيما يتعلق بالبيع فقرر في المادة ٤٩٠ مدني أنه «يشمل التسليم ملحقات المبيع وما اتصل به اتصال قرار وما أعد لاستعماله بصفة دائمة وكل ما جرى العرف على أنه من توابع المبيع ولو لم تذكر في العقد». فمثلا في بيع العقار يعتبر من مستلزمات المبيع مفاتيح المنزل ومستندات التمليك والحقوق والدعاوى المرتبطة به، كحقوق الارتفاق المقرر له، ودعاوى الضمان التي كانت للبائع قبل من تلقى الحق منه.

وفي بيع المنقول نجد تطبيقات عديدة لما يعتبر من ملحقات الشيء المبيع وفقا لطبيعته، فمثلا بيع الحيوان يشمل الصوف والشعر المهيأ للجز، و بيع جواد أصيل من جياد السباق من نتاج فحل مشهور يشمل الأوراق المثبته لصحة سلالته، و بيع الدابة

---

١. تطابق المادة ٩٥ من التقنين المدني المصري.
٢. تقابل المادة ١٤٨ من التقنين المدني المصري.

يدخل فيه الرسن، و بيع السيارة يشمل الرخصة الادارية، و بيع شهادة الاختراع يتضمن اطلاع المشتري على أسرار استعماله، و بيع الأسهم والسندات يشمل قسائم الأرباح، و بيع مكتب من مكاتب الأعمال أو من مكاتب المحاماة يشمل كافة المستندات وملفات القضايا حتى التي صدرت فيها أحكام نهائية... وهكذا.

٢٩٣ ـ **القوانين المكملة أو المفسرة :** قد لا يتناول المتعاقدان بالتنظيم كافة المسائل التي يتطلبها التعاقد، وفي هذه الحالة يتعين على القاضي الرجوع إلى القواعد المكملة أو المفسرة التي أوردها المشرع في موضوع العقد باعتبار أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت اليها بسكوتهما عن ذكر ما يخالفها. من ذلك ما نص عليه المشرع في شأن مكان وزمان تسليم المبيع، ومكان وزمان الوفاء بالثمن، وما يرجع به المشتري على البائع اذا استحق المبيع استحقاقا كليا أو جزئيا أو اذا ظهر عيب خفي فيه، وما نص عليه في شأن الاصلاحات التي يلتزم بها المؤجر وتلك التي يتحملها المستأجر، وجميعها تعتبر أحكاما مفسرة أو مكملة لارادة المتعاقدين في البيع أو الايجار، بمعنى أنه يفترض أن نية المتعاقدين قد اتجهت الى الأخذ بها لعدم وجود اتفاق على ما يخالفها.

٢٩٤ ـ **تنازع القوانين المكملة أو المفسرة في الزمان :** قد ينعقد العقد في ظل قانون يقرر قاعدة مكملة أو مفسرة سكت المتعاقدان عن ذكر ما يخالفها، ثم يصدر قانون في الفترة السابقة على تنفيذ العقد يقرر قاعدة مكملة أو مفسرة لا تتفق في مضمونها مع القاعدة التي سبقتها، فأي القانونين أولى بالتطبيق ؟

لا يمكن وضع قاعدة عامة في هذا الشأن لأن تعاقب القوانين المكملة ينطوي أولا وقبل كل شيء على مشكلة من مشاكل التفسير يتعين حلها وفقا لمضمون النصوص وقصد واضعها، وذلك في ضوء الظروف الاجتماعية والاقتصادية التي صدرت في ظلها. ذلك أن القواعد المكملة أو المفسرة تستمد وجودها من عرف التعامل أو من الغالب الشائع فيه، فهي مجرد تقنين إما للمألوف وإما لما جرت به عادة المتعاملين. فاذا صدرت قاعدة مفسرة أو مكملة جديدة دل ذلك على أن المشرع قد أراد أن يسجل وضعا استقر بما اعتاد عليه الناس، و بديهي أن تقنين ما ألفه الناس ينبغي أن يسري على العقود القائمة ما لم يوجد من الظروف ما يبرر الأخذ بغير ذلك.

٢٩٥ ـ **العرف :** كثيراً ما يساعد على تحديد مضمون الالتزام، من ذلك ما جرى به العرف في شأن التعامل في بعض المحلات العامة كالفنادق والمقاهي والمطاعم من إضافة نسبة مئو ية الى قائمة الحساب مقابل الخدمة، فهذا الذي يجري به العرف يؤخذ به في تحديد مضمون التزام العميل ولو لم يذكر له. وهذا مع ملاحظة أن المقصود بالعرف هنا ليس العرف المفسر لعبارة العقد عند غموضها، بل العرف المكمل لمضمون الالتزام لتحديد ما يعتبر من مستلزماته.

وقد أشارت محكمة التمييز الاردنية إلى العوامل السابقة التي يستعان بها في تحديد مضمون العقد بما قررته. من أن «١ ــ من المبادىء القانونية المقررة أن حق المستأجر يتعلق بالعين المؤجرة وملحقاتها، وأن الحكمة من تعلق حقه بالملحقات في أنه يغلب أن لا يتمكن من الانتفاع بالعين المؤجرة على الوجه المقصود بغير تلك الملحقات. ٢ ــ استقر الفقه والقضاء على أن ملحقات المأجور تشمل كل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله طبقا لما تقضي به طبيعة الشيء والعرف وقصد المتعاقدين، وأن تحديد الأشياء التي تعتبر من ملحقات العين المؤجرة تختلف باختلاف الظروف، والمحكمة هي التي تقدر ما إذا كان شيء معين يعتبر من الملحقات أم لا.»(١).

٢٩٦ ــ **العدالة :** تعتبر قواعد العدالة الملاذ الأخير للقاضي في تحديد مضمون الالتزام إذا لم تسعفه في ذلك أحكام القانون أو العرف، من ذلك ما قرره القضاء المصري فيما يتعلق بعقود نقل الأشخاص من تضمن هذه العقود لالتزام ضمان السلامة، وما قرره المشرع الأردني من وجوب التزام العامل بالمحافظة على أسرار رب العمل الصناعية والتجارية حتى بعد انقضاء عقد العمل وفقاً لما يقتضيه الاتفاق أو العرف (م ٨١٤/٥ مدني). على أن أهم تطبيق لقواعد العدالة ما تعلق بنظرية الظروف الطارئة التي من شأنها التخفيف عن المدين إذا صار الالتزام مرهقاً له.

٢٩٧ ــ **سلطة محكمة التمييز (النقض) في مراقبة استكمال العقد :** يخضع حكم قاضي الموضوع في تحديد مضمون العقد لرقابة محكمة التمييز اذا كان قد استعان في ذلك بأحكام القانون أو العرف أو طبيعة الالتزام، أما إذا كان قد لجأ لعدم كفاية هذه الوسائل إلى قواعد العدالة، فلا تعقيب على حكمه من محكمة التمييز، لأن ما يتعلق بالعدالة يعتبر من مسائل الموضوع لا من مسائل القانون.

---

١. تمييز حقوق في ١٩٧٧/١٢/١٣ مجلة نقابة المحامين ١٩٧٨ سنة ٢٦ ع ١ ــ ٦ رقم ٧٧/٣٩٠ ص ٢٠٠.

المبحث الثالث
احترام قانون العقد

۲۹۸ ـ **منهج البحث :** يقصد باحترام قانون العقد مراعاة حسن النية في تنفيذ ما يرتبه من التزام، والوفاء بكل مضمون الالتزام. والنتيجة الطبيعية لهذا المبدأ هي حرمان المتعاقد من الانفراد بنقض أو تعديل العقد، بل وحرمان القاضي كذلك من المساس بمضمون العقد. غير أن هذه القاعدة يرد عليها عدة استثناءات بعضها يتعلق بالخيارات التي تشوب لزوم العقد والتي استقاها المشرع الاردني من الفقه الاسلامي، وبعضها يتعلق بعقود الاذعان التي سبق لنا دراستها، والبعض الثالث يتعلق بنظرية الظروف الطارئة؛ وسنتكلم أولا في القاعدة ثم في الاستثناءات.

المطلب الأول
القاعدة العامة في شأن قانون العقد

۲۹۹ ـ النصوص القانونية : تنص المادة ۱۹۹ من القانون المدني الاردني على أنه « ۱ ـ يثبت حكم العقد في المعقود عليه و بدله بمجرد انعقاده دون توقف على القبض أو أي شيء آخر ـ ما لم ينص القانون على غير ذلك. ۲ ـ أما حقوق العقد فيجب على كل من الطرفين الوفاء بما أوجبه العقد بينهما».

وتنص المادة ۱/۲۰۲ مدني على أنه «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه و بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية». وهذه المادة الآخيرة تطابق المادة ۱/۱٤۸ من التقنين المدني المصري الذي نص كذلك صراحة في المادة ۱/۱٤۷ على أن «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين، أو للاسباب التي يقررها القانون».

وظاهر من هذه المواد جميعها أن القاعدة هي وجوب النزول على حكم قانون العقد في تنفيذ ما اشتمل عليه، و يكون ذلك : أولا ـ عن طريق الامتناع من جانب كل طرف من طرفيه عن التصدي للعقد بالنقض أو التعديل. ثانيا ـ بمراعاة حسن النية في تنفيذ ما رتبه من التزامات.

۳۰۰ ـ **التزام قانون العقد في عدم جواز نقضه أو تعديله الا بالا تفاق :** العقد وليد الاتفاق، وعلى ذلك لا يجوز نقضه أو تعديله الا باتفاق آخر، أو بعبارة أخرى أنه ليس لأحد المتعاقدين أن يستقل بنقض العقد أو تعديله الا أن يكون قد أذن في ذلك

من المتعاقد الآخر أو من المشرع في الحالات الخاصة التي يحددها بنص صريح، من ذلك جواز رجوع الواهب في الهبة اذا رزق ولداً بعدها (م ٢/٥٧٧ مدني).

وقاعدة احترام قانون العقد لا تلزم المتعاقدين فقط، بل والقاضي كذلك، فليس للقاضي أن يخرج على قانون العقد فينقض ما اتفق عليه المتعاقدان أو يعدل في مدى التزاماتهم إلا في الحالات الخاصة التي أجاز له المشرع فيها ذلك.

٣٠١ ـ **مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد:** تخضع جميع العقود سواء فيما يتعلق بانعقادها أو تحديد مضمونها أو كيفية تنفيذها لمبدأ حسن النية، ولذا يعتبر هذا المبدأ من المبادىء الأساسية في القانون. واحترام هذا المبدأ لا يفرض على المدين فقط في تنفيذ التزامه؛ بل وعلى الدائن في استعمال حقه، وفي قضاء المحاكم ونصوص القانون الأمثلة العديدة على ذلك. ففي البيع مثلا يلتزم البائع بنقل الحق المبيع إلى المشتري، ومن مقتضى حسن النية وجوب امتناعه عن كل عمل من شأنه جعل نقل هذا الحق مستحيلا أو عسيراً. وفي الايجار يتعين على المؤجر تمكين المستأجر من قبض المأجور دون مانع يعوق الانتفاع به (م ٢/٦٧٧ مدني اردني)، وفي الوكالة يتعين على الوكيل بذل العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة في تنفيذ الوكالة وذلك إذا كانت بلا أجر، وعناية الرجل المعتاد إذا كانت بأجر (م ٨٤١ مدني اردني)؛ واذا أقال نفسه من الوكالة وجب عليه أن يتابع القيام بالأعمال التي بدأها حتى تبلغ مرحلة لا يخشى معها ضرر على الموكل (م ٨٦٥ مدني أردني).

المطلب الثاني
الخيارات التي تشوب لزوم العقد

٣٠٢ ـ **أنواع الخيارات:** سبق أن ذكرنا عند دراسة مراتب العقد أن هناك عقوداً لازمة وأخرى غير لازمة، وقد نص على هذا النوع الأخير المشرع الاردني في المادة ١٧٦ من القانون المدني بقوله «١ ـ يكون العقد غير لازم بالنسبة لأحد عاقديه أو لكليهما رغم صحته ونفاذه اذا شرط له حق فسخه دون تراض أو تقاض. ٢ ـ ولكل منهما أن يستقل بفسخه إذا كان بطبيعته غير لازم بالنسبة إليه أو شرط لنفسه خيار فسخه».

أي أن العقد اللازم هو العقد الصحيح النافذ الذي لا يملك أحد العاقدين فسخه والتحلل منه، أما العقد غير اللازم فهو ما يستطيع كل واحد من العاقدين أو أحدهما فقط فسخه والتحلل منه دون حاجة إلى رضاء العاقد الآخر بذلك.

وعدم لزوم العقد قد يرجع الى طبيعته، و يكون عدم اللزوم من الجانبين كما في الوديعة اذ لكل من المودع والمودع لديه كامل الحرية في فسخ العقد دون توقف على رضا الطرف الآخر، وكما في العارية إذ لكل من المعير والمستعير الرجوع فيها بارادته وحده؛ وإما أن يكون عدم اللزوم من جانب واحد كما في الرهن، إذ يكون للدائن المرتهن دون المدين الراهن أن يفسخ عقد الرهن في أي وقت شاء دون حاجة الى رضاء الراهن بذلك، وكما في الكفالة فهي و إن كانت لازمة بالنسبة للكفيل الا أنها ليست لازمة بالنسبة للمكفول له.

وقد يكون عدم اللزوم راجعاً إلى أن أحد المتعاقدين أو كليهما قد شرط لنفسه حق فسخ العقد بعد تمام انعقاده حتى يكون لديه فرصه وفترة للتأمل والتروي في شأن العقد.

وحق الفسخ هذا يعرف في الفقه الاسلامي بالخيار، ومعناه أن يكون لأحد المتعاقدين أو لكيهما الحق في تخير أحد أمرين : إما تنفيذ العقد، وإما فسخه والرجوع فيه.

والخيارات التي نص عليها المشرع الأردني في القانون المدني هي : خيار الشرط، وخيار الرؤية، وخيار التعيين، وخيار العيب، وسنتناول كلا منهما فيما يلي :

أولا ـ خيار الشرط

٣٠٣ ـ **تعريف خيار الشرط:** يمكن تعريف خيار الشرط بأنه الحق لأحد العاقدين أو لكيهما أو لغيرهما في إمضاء العقد أو فسخه في خلال مدة معلومة اذا شرط ذلك في العقد.

فهذا الخيار كما يؤخذ من اسمه لا يثبت إلا بالشرط، وهذا هو الرأي المعتبر عند غالبية الفقهاء(١)، و به أخذ المشرع الاردني. والشرط إما أن يرد في العقد ذاته و إما في اتفاق لاحق، وعلى هذا نصت المادة ١٧٧ من القانون المدني الأردني بقولها «في العقود اللازمة التي تحتمل الفسخ يجوز للعاقدين أو لأ يهما أن يشترط في العقد أو بعده الخيار لنفسه أو لغيره المدة التي يتفقان عليها، فان لم يتفقا على تحديد المدة جاز للقاضي تحديدها طبقا للعرف».

٣٠٤ ـ **لمن يثبت خيار الشرط:** يثبت خيار الشرط للعاقدين أو لأحدهما، كما يثبت

---

١. عند الامام مالك يثبت هذا الخيار إما بالشرط وإما بالعادة، بمعنى انه لو جرت عادة الناس بثبوت الخيار في سلعة من السلع ثبت الخيار فيها بدون شرط.

لغير العاقد بطريق الانابة، وفي هذه الحالة يكون الخيار للاثنين، للشارط باعتباره أصيلا، ولمن شرط له باعتباره نائباً.

واذا ثبت الخيار للشارط ونائبه فأيهما أجاز العقد أو فسخه نفذ ما اختاره؛ وإن أجازة أحدهما وفسخه الآخر نفذ ما تم الاعلان عنه أولا، لأنه اذا كانت الاجازة هي السابقة جاء الفسخ بعد أن اصبح العقد لازما فلا يعمل شيئا، و إن كان الفسخ هو السابق لم تجد الاجازة عقداً تلحق به. وإذا لم يتبين أيهما السابق الفسخ أم الأجازة، رجح الفسخ في رأي لأنه اقوى، ورجح اختيار العاقد لأنه الأصيل في رأي آخر.

٣٠٥ ــ **مدة الخيار:** للمتعاقدين كامل الحرية في تحديد المدة التي يريانها كافية لاستعمال خيار الشرط، لأن هذا الخيار شرع للتروي والمشورة ــ وهذا هو رأي ابي يوسف ومحمد والامام أحمد، و به أخذ المشرع الاردني في المادة ١٧٧ مدني[1] ــ فان لم يتم تحديد مدة في العقد جاز للقاضي تحديد هذه المدة مسترشداً في عمله بالعرف والمألوف عادة في مثل التصرف الذي أجراه المتعاقدان؛ وهذا هو رأي الامام مالك الذي اعتمده المشرع الأردني (م ١٧٧ مدني).

٣٠٦ **العقود التي يدخلها خيار الشرط:** يثبت خيار الشرط ابتداء في عقد البيع، لأن فيه ورد الحديث بشرعيته. و يلحق بالبيع كل عقد تتوافر له نفس الخصائص، ولذا قرر الفقهاء ــ وتبعهم في ذلك المشرع الاردني (م ١٧٧ مدني) ــ أن خيار الشرط يثبت في العقود اللازمة التي تحتمل الفسخ، والتي لا يشترط في صحتها القبض في المجلس، ولو كانت ملزمة لجانب واحد.

وهذه القيود الثلاثة لا بد أن تتوافر في العقد حتى يقبل خيار الشرط، فان تخلف واحد منها، امتنع اشتراطه في العقد.

فالعقود غير اللازمة، كالوكالة، والوديعة، والعارية والهبة، وكذا الوصية، لا تقبل بطبيعتها خيار الشرط، لأنها قابلة للفسخ دون حاجة إلى شرط بذلك.

والعقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ، كالزواج والخلع والطلاق والرجعة لا تقبل هذا الخيار لأنه ينافي طبيعتها.

والعقود التي تقبل الفسخ، ولكن يشترط فيها القبض في مجلس العقد حتى تنعقد، لا يدخلها خيار الشرط كالصرف والسلم، فهما لا يتمان إلا بالقبض، فيكون بين

---

١. ذهب الامام أبي حنيفة والامام الشافعي إلى وجوب قصر المدة على ثلاثة أيام كما جاءت في الحديث الشريف، لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد فكان الأصل فيه الفساد لولا ورود النص، ولذا فاشتراط أكثر من ثلاثة أيام مفسد له.

خيار الشرط وانعقاد هذه العقود منافاه فلا يصح اشتراطه (١).

أما إذا توافرت القيود الثلاثة السابق ذكرها في عقد من العقود أمكن أن يدخل خيار الشرط، كالبيع والاجارة والمزارعة والمساقاة، والصلح على مال، والقسمة والكفالة والحوالة، والرهن اذا شرطه الراهن للزومه في جانبه.

٣٠٧ ـ **أثر الخيار في العقد**: تنص المادة ١٧٨ مدني على أنه «اذا شرط الخيار لكل من العاقدين في عقود المعاوضات المالية فلا يخرج البدلان عن ملكهما، فان جعل لاحدهما فلا يخرج ماله عن ملكه ولا يدخل مال الآخر في ملكه».

لم تتباين آراء فقهاء الشريعة في أثر الخيار على العقد من حيث عدم لزومه بالنسبة لمن له الخيار حتى يبت فيه، غير أنها تباينت في أثر هذا الشرط على أحكام العقد، وقد أخذ المشرع الأردني برأي ابي حنيفة في هذا الموضوع؛ من ذلك أنه اذا كان العقد بيعا وكان الخيار للبائع والمشتري معاً، فلا يخرج المبيع من ملك البائع ولا يخرج الثمن من ملك المشتري.

وإذا كان الخيار للبائع فلا يخرج المبيع من ملكه، و يخرج الثمن من ملك المشتري، ولكنه لا يدخل في ملك البائع.

وإذا كان الخيار للمشتري فلا يخرج الثمن من ملكه، و يخرج المبيع من ملك البائع، ولكنه لا يدخل في ملك المشتري. ووجة نظر ابي حنيفة في عدم دخول البدل في ملك الآخر هو عدم جواز اجتماع البدلين في ملك واحد، وليس له نظير، بل يبقى موقوفاً حتى يبت في العقد، فان أمضى صاحب الخيار دخل البدل في ملكه من وقت صدور العقد، وأن فسخ ظهر أنه ملك لصاحبه.

أما الصاحبان فيريان وجوب دخول البدل في ملك الآخر تفاديا لوجود مال متقوم لا مالك له؛ وقد أخذ المشرع الأردني برأي الامام أبي حنيفة كما سبق أن ذكرنا.

٣٠٨ ـ **حقوق صاحب الخيار**: تنص المادة ١٧٩ مدني على أن «١ ـ لصاحب خيار الشرط الحق في فسخ العقد أو اجازته. ٢ ـ فان اختار الاجازة لزم العقد مستنداً إلى وقت نشوئه. ٣ ـ وإن اختار الفسخ انفسخ العقد واعتبر كأن لم يكن».

وتنص المادة ١٨٠ على أنه «اذا كان الخيار مشروطا لكل من العاقدين، فان اختار أحدهما الفسخ انفسخ العقد ولو أجازه الآخر، وإن اختار الاجازة بقي للآخر

---

١. يشترط في الصرف قبض البدلين، و يشترط في السلم قبض رأس مال في مجلس العقد، فاذا تفرق المتعاقدان قبل القبض لم يتم العقد.

خياره مدة الخيار».

وتتناول المادة الأولى بيان مصير العقد بعد أن يستعمل صاحب الخيار خياره، فان هو أمضى العقد زال حق الخيار ولزم العقد واستند في ذلك الى وقت نشوئه، وإن هو اختار الفسخ انفسخ العقد واعتبر كأن لم يكن؛ هذا اذا كان الخيار مشروطا لأحد العاقدين دون الآخر.

أما إذا كان الخيار مشروطا لكل من المتعاقدين، فلن يخرج الأمر عن عدة فروض كما تقول المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني :

الأول ـ أن يختار المتعاقدان الاجازة، وفي هذه الحالة سيعتبر العقد منعقداً بأثر رجعي يستند الى تاريخ التعاقد.

الثاني ـ أن يختار الطرفان الفسخ، وفي هذه الحالة سيعتبر العقد كأن لم ينعقد.

الثالث ـ أن يختار أحدهما الاجازة والآخر الفسخ. وفي هذا الفرض الأخير تعرض عدة صور: فقد يتعاصر الفسخ والاجازة وقد يتلاحقان. وفي صورة التلاحق قد يسبق الاجازة الفسخ، وقد يسبق الفسخ الاجازة.

الرابع ـ أن يختار أحدهما الفسخ أو الاجازة ولا يختار الآخر شيئا بعد، وما تزال مدة الخيار قائمة.

أما الفرضان الأولان فأمرهما يسير كما هو واضح مما سبق لنا ذكره؛ أما الفرض الثالث بكل صوره فقد تناوله صدر المادة ١٨٠ مدني بقوله أنه إذا اختار أحدهما الفسخ، انفسخ العقد ولو أجازه المتعاقد الآخر، وعمومية الحكم ينصرف إلى ما اذا كانت الاجازة سابقة أو لاحقة أو معاصرة للفسخ (م ٣٣٦ من مرشد الحيران).

أما عجز المادة ١٨٠ مدني فيتناول صورة ما إذا اختار أحدهما الاجازة ولم يعلن الآخر عن إرادته، وفي هذه الصورة يبقى للأخير خياره ما دامت مدة الخيار لم تنقض بعد، فان اختار بدوره الاجازة لزمه العقد أيضاً، وإن اختار الفسخ انفسخ العقد.

وهذه هي أحدى الصورتين في الفرض الرابع، أما الصورة الأخرى من هذا الفرض، وهي صورة ما اذا اختار أحدهما الفسخ ولم يختر الطرف الآخر بعد فلم تتناولها المادة صراحة، لأنه في هذه الصورة يكون العقد قد انفسخ فلا ترد عليه الاجازة، أو بعبارة أخرى إذا اختار أحدهما الفسخ انتهى العقد ولم يبق لخيار الآخر وجه، لأن بقاءه كان معقوداً ببقاء العقد، فلما زال العقد سقط ذلك الخيار(١).

---

١. راجع المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني ج ١ ص ٢٠٤ و ٢٠٥.

٣٠٩ ــ **التعبير عن الفسخ والاجازة :** تنص المادة ١٨١ مدني على أن «١ ــ يكون الفسخ أو الاجازة بكل فعل أو قول يدل على أيهما صراحة او دلالة. ٢ ــ وإذا مضت المدة دون اختيار الفسخ أو الاجازة لزم العقد».

تناولت الفقرة الأولى من هذه المادة كيفية التعبير عن الفسخ أو الاجازة، وهي مجرد تكرار لا موجب له للقواعد العامة في التعبير عن الارادة، فالتعبير عن الارادة قد يكون كما نعلم صريحاً أو ضمنياً، بالقول أو بالفعل كتنفيذ صاحب الخيار لالتزامه، فهذا يدل على الاجازة. واذا انقضت مدة الخيار دون أن يفصح صاحب الخيار عن إرادته بالفسخ أو بالاجازة لزم العقد، أي أن انقضاء مدة الخيار دون أن يبدى صاحب الخيار رغبته في الفسخ يعتبر إمضاء للعقد.

٣١٠ ــ **ما يشترط لصحة الفسخ والاجازة :** تنص المادة ١٨٢ مدني على أنه «١ ــ يشترط لصحة الفسخ اختياره في مدة الخيار وعلم الطرف الأخر به إن كان الفسخ بالقول، ولا يشترط فيه التراضي او التقاضي. ٢ ــ أما الاجازة فلا يشترط علم الطرف الآخر بها».

يختلف حكم الفسخ عن حكم الاجازة وفقا لهذه المادة فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها لكي يقع صحيحا.

فبالنسبة للفسخ يشترط لكي يقع صحيحاً أن يصدر من صاحب الخيار قبل إنقضاء المدة المحددة للخيار، لأنه اذا انقضت هذه المدة دون أن يختار لزم العقد كما جاء في الفقرة الثانية من المادة ١٨١ مدني السابقة الذكر.

كذلك يشترط إذا كان الفسخ بالقول أن يكون بعلم الطرف الآخر، أي أن الفسخ كتعبير عن الارادة لا ينتج أثره إذا كان بالقول الا اذا اتصل بعلم من وجه اليه. و يعتبر هذا الحكم بمثابة استثناء من الأصل العام في القانون المدني الاردني من أن التعبير عن الارادة يرتب أثره بمجرد إعلانه (م ١٠١ مدني) غير أنه لا يشترط لصحة الفسخ رضاء الطرف الآخر به، أو صدور حكم بوقوعه.

أما بالنسبة للاجازة فلا يشترط لصحتها أي شرط من الشروط، فهي تقع صحيحة دون حاجة إلى تراضى أو علم الطرف الآخر بها.

٣١١ ــ **سقوط الخيار :** تقضي المادة ١٨٣ مدني بأنه «يسقط الخيار بموت صاحبه في خلال مدته و يلزم العقد بالنسبة الى ورثته، و يبقى الآخر على خياره ان كان الخيار له حتى نهاية مدته».

الأصل عند الحنفية أن يورث المال دون الحقوق الا ما قام دليله من الحاق

الحقوق بالأموال. ولما كان خيار الشرط يعتبر عندهم مجرد إرادة ومشيئة ــ وذلك صفة من صفات المورث، لا صفة من صفات العقد ــ فانه لا يورث بل ينقضي بموت صاحب الخيار خلال مدته؛ وقد أخذ بهذا الرأي أيضا الحنابلة..

أما المالكية والشافعية فيأخذون بعكس هذا الرأي، و يذهبون إلى وراثة هذا الخيار لأنه حق متعلق بالمال، وأثر من آثار العقد، وليس من الحقوق الشخصية.

وقد أخذ المشرع الاردني برأي الحنفية بالنص على سقوط الخيار بموت صاحبه في خلال مدته.

هذا و يلاحظ أن عجز المادة ١٨٣ مدني القاضي بأن يبقى الطرف الآخر على خياره أن كان الخيار له حتى نهاية مدته أمر منطقي ولم تكن هناك ضرورة للنص عليه.

ثانياً ـ خيار الرؤية

٣١٢ ــ **التعريف :** خيار الرؤية حق يكون بموجبه للمتعاقد أن يفسخ العقد أو يمضيه عند رؤية محل العقد إذا لم يكن رآه عند التعاقد.

والحكمة من تقرير هذا الخيار أن الشخص قد يضطر مثلا إلى شراء شيء غائب عنه لحاجته اليه خشية ضياع الصفقة إن هو أرجأ العقد لحين رؤية المعقود عليه، وفي نفس الوقت لو الزمناه به من غير ثبوت الخيار له لألحقنا به الضرر عندما يجد أن الشيء الذي اشتراه غير موافق لغرضه وغير محقق لمقصوده.

وخيار الرؤية هو شرط لزوم لاشرط صحة، ولذا لا يمنع وقوع الملك الى المشتري، والى هذا الحكم أشارت المدة ١٨٦ مدني اردني بقولها «خيار الرؤية لا يمنع نفاذ العقد وإنما يمنع لزومه بالنسبة لمن شرط له الخيار».

٣١٣ ــ **العقود التي يثبت فيها :** تنص المادة ١٨٤ مدني أردني على أنه «يثبت خيار الرؤية في العقود التي تحتمل الفسخ لمن صدر له التصرف ولو لم يشترطه اذا لم ير المعقود عليه وكان معيناً بالتعيين».

والفقهاء الذين أخذوا بشرعية خيار الرؤية أثبتوه في عقود أربعة هي : أولا ــ البيع إذا كان المبيع مالا معيناً بالتعيين، أما إذا كان معينا بالوصف كما في السلم فلا خيار فيه. ثانيا ــ الاجارة إذا كانت واردة على محل معين بذاته كعقار معين. ثالثا ــ القسمة في الاموال القيمية، فاذا قسم المال القيمي بين الشركاء ولم يكن أحدهم رأى

نصيبه عند القسمة ثبت له خيار الرؤية. رابعا ـ الصلح في دعوى المال إذا كان بدل الصلح مالا معينا، لأن الصلح يعتبر في هذه الحالة عقد مبادلة، فيكون في معنى البيع.

٣١٤ ـ **لمن يثبت الخيار**: يثبت خيار الرؤية للمتملك وهو المشتري في عقد البيع مثلا. دون البائع أخذاً بالحديث الشريف «من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار اذا رآه». فالوارث الذي يبيع شيئا لم يره لا خيار له بالاجماع السكوتي (١).

٣١٥ ـ **شروط ثبوت الخيار**: ظاهر مما قدمنا أن خيار الرؤية يتطلب لثبوته توافر الشروط الآتية:

أولا ـ أن يكون العقد من العقود التي تقبل الفسخ؛ فان كان غير قابل للفسخ كعقد الزواج والخلع، فلا يفيد معه ثبوت الخيار، فلا العقد يفسخ، ولا المال كالمهر يرد.

ثانياً ـ أن يكون المعقود عليه مما يتعين بالتعيين، لأن الفسخ إنما يرد على المملوك بالعقد، ومالا يتعين لا يملك بالعقد وإنما يملك بالقبض، فلا يرد عليه الفسخ.

ثالثاً ـ أن يكون صاحب الخيار متملكا كالمشتري مثلا، لا مملكاً كالبائع، أخذاً بالحديث الشريف «من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه».

رابعاً ـ ألا يكون المتعاقد قد رأى المعقود عليه عند التعاقد أو قبله بزمن لا يتغير فيه، فان كان رآه في إحدى الحالتين لا يثبت له الخيار لانعدام سببه، وهو عدم الرؤية.

وإذا كان قد رآه قبل التعاقد وتغير عن حاله فله الخيار، لأنه إذا تغير حاله فقد صار شيئاً آخر، فاصبح مشتريا شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه.

٣١٦ ـ المراد بالرؤية: المراد بالرؤية العلم بالمقصود ولد من باب عموم المجاز، أي أن الرؤية من أفراد المعنى المجازي، فتشمل العلم بالمبيع بالشم أو اللمس أو المذاق أو السمع، أي أن العلم بالمبيع يكون باستعمال حاسة إدراكه.

وبما أن الرؤية لا تشترط بالمعنى الضيق، فيصح شراء الأعمى ويسقط خياره اذا أمكنه معرفة حقيقة المبيع بغير النظر، أو بنظر من وكله في ذلك (٢).

وعلم الوكيل بالمبيع يسقط خيار الموكل (سواء كان أعمى أو بصيراً) إذا كان

---

١. من الفقهاء من يرى أن الحديث المذكور حديث ضعيف مطعون في صحته، وأن مشروعية خيار الرؤية ترجع الى أن عثمان بن عفان باع لطلحة بن عبد الله أرضا بالبصرة لم يرها واحد منهما، ولما قيل لكل منهما إنك قد غبنت، قال: لي الخيار، وحكما جبير بن مطعم بينهما فحكم بالخيار لطلحة، وكان بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد، ولذا يقال أن هذا الحكم قد تم بالاجماع السكوتي.

٢. قارن المادة ٣٧٥ مرشد الحيران.

موكلا برؤية المبيع ومعاينته، أما إذا كان موكلا فقط باستلامه فلا يسقط خيار الموكل، لأن الوكيل بالاستلام مجرد رسول لا يتطلب منه معاينة المبيع.

و يفرق فقهاء الشرع الاسلامي بين الوكيل بالشراء والوكيل بالقبض والرسول. وصورة التوكيل بالشراء أن يقول كن وكيلا عني بشراء كذا، وصورة التوكيل بالقبض أن يقول كن وكيلا عني بقبض ما اشتريته وما رأيته، وصورة الرسالة أن يقول كن رسولا عني بقبضه.

ورؤية الوكيل الأول تسقط الخيار بالاجماع، ورؤية الثاني تسقطه عند أبي حنيفة إذا قبضه ناظراً إليه، ورؤية الثالث لا تسقطه(١).

ونرى أنه يرجع لمعرفة حقوق الوكيل وما يسرى منها في مواجهة الموكل الى عقد التوكيل وما يستخلص منه صراحة أو دلالة.

هذا و يلاحظ أنه لا يقصد بالرؤية بيان جنس المبيع، فتعيين جنس المبيع أمر طبيعي، اذ لايصح بيع مالا يعرف جنسه أصلا، أي لا بوصف ولا باشارة، إنما المراد بالرؤية العلم بذات المبيع وأوصافه الأساسية، لأن من الأوصاف ما لا يتحقق الرضا إلا به، لأن عليها يتوقف العلم بملاءمة المعقود عليه للغرض المطلوب له. فمثلا من اشترى ورداً لاستخراج العطر منه، لا يعتبر عالماً به بمجرد النظر إليه، بل لا بد من شمه، بخلاف ما لو اشتراه للزينة، فالرائحة تعتبر وصفاً أساسياً للمبيع هنا، فيجب العلم بها بآلة إدراكها.

٣١٧ ــ **مدة الخيار**: تنص المادة ١٨٥ مدني على أنه «يبقى خيار الرؤية حتى تتم الرؤية في الأجل المتفق عليه أو يوجد ما يسقطه».

من فقهاء الشريعة الاسلامية من يرى أن خيار الرؤية غير مؤقت بمدة معلومة، وأنه يبقى حتى يوجد ما يسقطه، لاطلاق المدة في حديث «من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه» فيشمل القليلة والكثيرة؛ ومنهم من قال أنه مؤقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية، حتى لو وقع بصره على المعقود عليه ولم يفسخ، سقط حقه في الفسخ.

وقد فرق المشرع الأردني فيما يتعلق بخيار الرؤية بين ما اذا كان محدداً بمدة أو جاء مطلقا. فاذا كان محدداً بمدة ظل هذا الخيار قائما حتى تتم الرؤية في المدة المتفق عليها، فان انقضت انقضى الخيار تبعا لها، لأن الحقوق تنتهي بانتهاء الأمد المحدد لها.

---

١. حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ١٠٤.

وإذا جاء مطلقا بدون تحديد مدة، ظل ثابتا لصاحبه حتى يوجد ما يسقطه.

٣١٨ ـ **أثر الاسقاط على الخيار**: تنص الفقرة الأولى من المادة ١٨٧ مدني على أنه «لا يسقط خيار الرؤية بالاسقاط». ذلك أن خيار الرؤية حق أثبته الشارع بعد الرؤية، والحقوق لا تسقط قبل ثبوتها، ولذا لا يجوز اسقاط خيار الرؤية قبلها، وعلى ذلك اذا أجاز صاحب الخيار العقد قبل الرؤية ورضى بالمبيع، ثم رأى المبيع بعد ذلك فله أن يرده، لأن نزوله عن الخيار لا عبرة به. هذا بالنسبة للاجازة قبل الرؤية؛ أما بالنسبة للفسخ قبلها فهذا جائز عند بعض الفقهاء لأن الفسخ لم يثبت في هذه الحالة حكما للخيار وإنما يثبت لعدم لزوم العقد، و بهذا الرأي أخذ المشرع الاردني [١].

٣١٩ ـ **مسقطات خيار الرؤية**: تنص الفقرة الثانية من المادة ١٨٧ مدني على أنه «و يسقط برؤية المعقود عليه وقبوله صراحة أو دلالة كما يسقط بموت صاحبه و بهلاكه كله أو بعضه و بتعيبه و بتصرف من له الخيار فيه تصرفا لا يحتمل الفسخ أو تصرفا يوجب حقا للغير».

ظاهر من هذا النص أن خيار الرؤية يسقط بأمور عدة وهي:

أولا ـ الرضى بالمعقود عليه بعد الرؤية سواء صراحة أو دلالة: صراحة كما لو قال أمضيت العقد، أو رضيت به، أو أجزته؛ دلالة كما لو تصرف في المبيع بالبيع لآخر أو بأي تصرف يستفاد منه معنى الاجازة الضمنية.

كل هذا مع ملاحظة أنه اذا كانت الاجازة الصريحة للعقد لا يترتب عليها سقوط الخيار قبل الرؤية كما سبق أن ذكرنا، فان الاجازة الضمنية المستفادة من التصرف في المعقود عليه قبل الرؤية، لا تسقط بدورها هذا الخيار إلا أن يكون هذا التصرف مما لا يحتمل الفسخ أو يكون من التصرفات التي توجب حقا للغير كالبيع، فانه يعتبر إجازة للعقد يعتد بها حفاظاً على حقوق الغير.

ثانياً ـ موت صاحب الخيار، سواء كان الموت قبل الرؤية أو بعدها، دون الافصاح عن إرادتة في شأن العقد، وقد أخذ المشرع الأردني هنا برأي الحنفية في اعتبار خيار الرؤية كخيار الشرط مجرد رغبة ومشيئة فلا ينتقل الى الورثة، بخلاف خيار التعيين وخيار العيب فأنهما يورثان.

ثالثاً ـ هلاك المعقود عليه كالمبيع سواء أكان هلاك كلياً أم جزئياً، أو تعييه سواء أكان العيب راجعا اليه أم الى سبب أجنبي.

---

١. المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني ج ١ ص ٢١٣.

٣٢٠ ـ **شروط وقوع الفسخ :** تنص المادة ١٨٨ مدني أردني على أنه «يتم الفسخ بخيار الرؤية بالقول أو بالفعل صراحة أو دلالة بشرط علم المتعاقد الأخر». ومعنى ذلك أن العقد كالبيع ينفسخ من قبل المشتري دون حاجة إلى رضاء البائع بالفسخ، ودون حاجة الى التقاضي واستصدار حكم به غاية الأمر أنه يشترط علم البائع بالفسخ سواء وقع هذا الفسخ صراحة أو دلالة.

هذا و يلاحظ اختلاف الحكم في هذا الموضوع بين خيار الشرط وخيار الرؤية، فبالنسبة لخيار الشرط رأينا أنه يجب إذا كان الفسخ بالقول أي صراحة علم العاقد الأخر به، أما بالنسبة لخيار الرؤية فسواء كان الفسخ بالقول أو بالفعل صراحة أو دلالة يتعين علم الطرف الآخر به !!.

ثالثاً ـ خيار التعيين

٣٢١ ـ **خيار التعيين والالتزام التخييري :** تناول المشرع الاردني نقلا عن الفقه الاسلامي خيار التعيين عند البحث في انعقاد العقد ومراتب انعقاده وما يتصل به من خيارات تشوب لزومه، وذلك في المواد ١٨٩ الى ١٩٢ من القانون المدني.

ثم عاد المشرع مرة ثانية وتناول الالتزام التخييري عند البحث في آثار الحق وتعدد المحل مستلهما أحكامه من الفقه الغربي في المواد ٤٠٧ إلى ٤١٠ من نفس القانون.

ثم يذكر صراحة في المذكرة الايضاحية أن الفقهين الشرعي والوضعي لا يختلفان في بيان معنى الالتزام التخييري وإن اختلفا في تسميته فان الفقه الاسلامي يسميه بخيار التعيين... الخ (١).

وقد كان من الأحرى، بل من الأصوب تناول هذا الموضوع مرة واحدة في المواضع الأكثر ملاءمة له، مع التقريب إن لزم الأمر بين أحكام الفقه الاسلامي وأحكام الفقه الغربي، حتى يشعر الباحث أنه أمام تشريع واحد لا تشريعين.

وللأسف سنضطر رغبة في تغطية أحكام القانون المدني كما وضعها المشرع إلى البحث في خيار التعيين عند دراسة نظرية العقد، ثم العودة الى بحث الالتزام التخييري عند دراسة أحكام الالتزام، علماً بأن أحكام الالتزام التخييري تجب خيار التعيين.

٣٢٢ ـ **تعريف خيار التعيين ومشروعيته :** تنص المادة ١٨٩ مدني على أنه «يجوز

---

١. المذكرات الايضاحية ج ١ ص ٤٥٧.

الاتفاق على أن يكون المعقود عليه أحد شيئين أو أشياء ثلاثة و يكون خيار تعيينه من بينها لأحد العاقدين وذلك بشرط بيان بدل كل منها ومدة الخيار».

ظاهر من هذا النص أن خيار التعيين حق يثبت بمقتضى الشرط لأحد العاقدين في تعيين أحد الشيئين أو الثلاثة التي ذكرت في العقد. كأن يقول شخص لآخر: بعت لك أحد هذه الجياد الثلاثة بالثمن المحدد لكل منها، على أن تعين واحداً منها في مدة كذا، و يقبل المشتري هذا العقد؛ أو يشتري الشخص واحداً منها، و يجعل حق التعيين للبائع.

وهذا الشرط قال به أبو حنيفة استحسانا على خلاف القياس(١)، لأن الناس قد تحتاج الى مثل هذا النوع من المعاملة كما لو تم الشراء عن طريق وكيل وخشي الموكل الا يرضيه ما يختاره الوكيل، أو كان الشخص لا خبرة له بأحوال السلع فيحتاج إلى عرضها على من له خبرة بذلك، ولو أجل الشراء حتى يرى رأيه قد تضيع منه هذه السلعة إما لارتفاع ثمنها، أو لعدول البائع عن رأيه و بيعها لغيره.

٣٢٣ ــ **شروط خيار التعيين:** خيار التعيين كباقي الخيارات لا يثبت الا اذا توافرت شروط معينة وهي:

أولا ــ أن يكون الخيار بين شيئين أو ثلاثة لا يتجاوزها، وفي هذا يختلف عن الالتزام التخييري الذي نصت عليه المادة ٤٠٧/ ١ مدني؛ والحكمة من قصره على أشياء ثلاثة لا يتجاوزها أن الخيار شرع استحساناً على خلاف القياس، فيقدر بقدر الحاجة، وهي تدفع بالثلاثة وما دونها، لأن الثلاثة فيها الجيد والوسط والرديء، فما زاد يكون مكرراً، ولا حاجة اليه فيبقى على أصل القياس، وهو المنع.

ثانياً ــ أن تكون الأشياء المخير فيها متفاوتة حتى تتحقق الحكمة من التخيير. فان كانت متساوية لا يثبت خيار. والتفاوت يكون في الأشياء القيمية أي المعينة بالذات، كما يكون في الأشياء المثلية المختلفة الجنس، كما إذا باعه أردبا من أرادب ثلاثة، واحد من القمح، والثاني من الشعير، والثالث من الذرة، أما المثليات المتحدة فلا تفاوت بينها.

ثالثاً ــ أن يكون ثمن كل شيء من الأشياء الثلاثة محدداً بجانب تعيين كل منها حتى لا يفسد العقد.

---

١. هذا الخيار منعه كثير من الفقهاء كنفر من الحنفية والامامان الشافعي وأحمد بن حنبل. لأن من شروط صحة العقد كون محله معينا معلوما، وهذا العقد فيه جهالة، والجهالة غرر، والرسول نهى عن بيع الغرر؛ ومذهبهم هو مقتضى الاصل والقياس.

رابعاً ـ أن يكون لخيار التعيين مدة، وهو ما اتفق عليه الامام والصاحبان، والمدة موكول تحديدها إلى اتفاق المتعاقدين في رأي الصاحبين، وهو ما أخذ به المشرع الأردني.

٣٢٤ ـ **أثر خيار التعيين في العقد**: تنص المادة ١٩٠ مدني على أنه «يكون العقد غير لازم حتى يتم إعمال الخيار، فاذا تم الخيار صراحة أو دلالة أصبح العقد نافذاً لازماً فيما تم فيه».

وتقضي المادة ١٩١ مدني بأنه «يستند تعيين الخيار الى وقت نشوء العقد».

ظاهر مما سبق أن خيار التعيين لا أثر له في ثبوت أحكام العقد، فهي تثبت من وقت انعقاده، ولذا يقتصر أثر خيار التعيين على عدم لزوم العقد حتى يستعمل صاحب الخيار حقه، والاخيتار قد يكون صريحا بالقول، وقد يكون ضمنيا مستفاداً من تصرف صاحب الخيار في أحد الأشياء المخير فيها بما يدل على رضاه.

هذا مع ملاحظة أن أثر الاختيار يرجع الى وقت انعقاد العقد، بمعنى أنه يعتبر الشيء الذي تم اختياره هو المعقود عليه من وقت نشوء العقد.

٣٢٥ ـ **أثر الموت على خيار التعيين**: تنص المادة ١٩٢ مدني على أنه «اذا مات من له خيار التعيين في مدة الاختيار انتقل حقه إلى ورثته». ظاهر من هذه المادة أن خيار التعيين يورث كما يورث خيار العيب (م ٢/١٩٧ مدني) لتعلق هذا الخيار بالمبيع أكثر من تعلقه بمشيئة العاقد، و يكون على الورثة قبل إنقضاء مدة الخيار اختيار أي الأشياء يكون هو المعقود عليه.

٣٢٦ ـ **مسقطات خيار التعيين**: لم يتعرض المشرع الاردني لمسقطات خيار التعيين كما فعل بالنسبة لباقي الخيارات !! وهذا الخيار يسقط بأحد الأمور الآتية كما جاء في الفقه الاسلامي.

أولا ـ تعيين محل العقد باختيار أحد الشيئين المخير فيهما.

ثانياً ـ هلاك أحد الشيئين بعد قبض المشتري، فان الهالك يتعين محلا للعقد.

ثالثا ـ تعيب أحد الشيئين بعيب يمنع الرد، فانه يتعين محلا للعقد للضرورة.

رابعاً ـ خيار العيب

٣٢٧ ـ **تعريف خيار العيب والحكمة منه**: يمكن تعريف خيار العيب بأن يكون للمشتري الحق في إمضاء العقد أو فسخه إذا وجد عيباً في المعقود عليه المعين بالتعيين لم يطلع عليه عند التعاقد.

وخيار العيب يثبت بالشرط وإن كان ثبوته بالشرط دلالة على خلاف خيار الشرط وخيار التعيين اللذين يثبتان بالشرط صراحة، استناداً كما جاء في المذكرة الايضاحية إلى أن «السلامة شرط في العقد دلالة، فما لم يسلم المبيع لا يلزم البيع فلا يلزم حكمه. والدليل على أن السلامة مشروطة في العقد أن السلامة في المبيع مطلوب المشتري عادة... لأن غرضه الانتفاع بالمبيع ولا يتكامل انتفاعه الا بقيد السلامة، ولأنه لم يدفع جميع الثمن الا ليسلم له جميع المبيع فكانت السلامة مشروطة في العقد دلالة، فكانت كالمشروط نصاً. فاذا كانت المساواة كان له الخيار.... وكذا السلامة من مقتضيات العقد أيضا لأنه عقد معاوضة والمعاوضات مبناها على المساواة عادة وحقيقة.. فاذا لم يسلم المبيع للمشتري يثبت له الخيار»(١).

وإخفاء العيب عن المتملك كالمشتري غش، وقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن الغش في أكثر من حديث»(٢).

٣٢٨ ـ **النصوص القانونية**: تنص المادة ١٩٣ على أنه «يثبت حق فسخ العقد بخيار العيب في العقود التي تحتمل الفسخ دون اشتراطه في العقد».

وتقضي المادة ١٩٤ بأنه «يشترط في العيب لكي يثبت به الخيار أن يكون قديما مؤثراً في قيمة المعقود عليه وأن يجهله المشتري وأن لا يكون البائع قد اشترط البراءة منه».

وتقرر المادة ١٩٥ أنه «١ ـ اذا توفرت في العيب الشروط المبينة في المادة السابقة كان العقد غير لازم بالنسبة لصاحب الخيار قبل القبض قابلا للفسخ بعده. ٢ ـ و يتم فسخ العقد قبل القبض بكل ما يدل عليه دون حاجة الى تراضي أو تقاضي، بشرط علم العاقد الآخر به، وأما بعد القبض فانما يتم بالتراضي أو التقاضي».

وجاء في المادة ١٩٦ أنه «يترتب على فسخ العقد للعيب رد محله الى صاحبه واسترداد ما دفع».

---

١. المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني جـ١ ص ٢١٧ و٢١٨ (نقلا عن الكاساني ٥ : ٢٧٤).
٢. من هذه الاحاديث ما رواه مسلم من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر برجل يبيع طعاما فادخل يده فيه فاذا هو مبلول، فقال: «من غشنا فليس منا». وفي حديث آخر يقول: «لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا وفيه عيب إلا بينه له».

وورد في المادة ١٩٧ أنه «١ ـ يسقط خيار العيب بالاسقاط و بالرضا بالعيب بعد العلم به و بالتصرف في المعقود عليه ولو قبل العلم به و بهلاكه أو نقصانه بعد القبض و بزيادته قبل القبض زيادة متصلة غير متولدة منه، و بعد القبض زيادة منفصلة متولدة منه. ٢ ـ ولا يسقط بموت صاحبه و يثبت لورثته».

وتنص المادة ١٩٨ على أن «لصاحب خيار العيب أيضا إمساك المعقود عليه والرجوع بنقصان الثمن».

٣٢٩ ـ **إحالة :** يثبت خيار العيب في عقود المعاوضة التي يكون فيها المعقود عليه معينا بالتعيين أي مشخصاً، ولذا قيل أنه يثبت في عقد البيع إذا كان المبيع معيناً بالتعيين، وكذا في الاجارة، وفي قسمة الأعيان القيمية، وفي الصلح اذا كان بدله عينا مشخصة.

وعادة يبحث الشراح أحكام خيار العيب عند دراسة العيوب الخفية في المبيع، ولما كان المشرع الأردني قد عاد الى بحث هذا الخيار عند تنظيمه لأحكام عقد البيع (المواد ٥١٢ الى ٥٢١ مدني)، بل أنه أحال الى القواعد الواردة في شأن البيع (وليس الى القواعد العامة في خيار العيب) عند تعرضه لهذا الموضوع في عقد الايجار بقوله في المادة ٦٨٨ مدني أنه «تسري على وجود العيب في الاجارة أحكام خيار العيب في المبيع في كل مالا يتنافى مع طبيعة الاجارة». فقد رأينا أنه من الأوفق دراسة خيار العيب عند دراسة عقد البيع.

المطلب الثالث
نظرية الظروف الطارئة

٣٣٠ ـ **نشأة النظرية** : يتعرض المدين إذا لم يكن العقد واجب النفاذ في حالة انعقاده، إلى احتمال تغير ظروف التعاقد عند التنفيذ عما كانت عليه وقت الانعقاد، وهذا الاحتمال كما قد يكون نافعاً له كما لو كان مقترضا وانخفضت قيمة العملة وقت الوفاء عما كانت عليه وقت الاقتراض؛ قد يكون ضاراً به كما لو كان العقد المبرم من عقود التوريد وارتفعت الأسعار لظروف كالحرب مثلا بحيث أصبح السعر الذي يحصل به المدين على السلعة الملزم بتوريدها أكبر من السعر الذي يبيع به في عقد التوريد. ونفس الاحتمال كما قد يوجد في جانب المدين قد يوجد في جانب الدائن، كما لو كان العقد من عقود الايجار الطويلة المدة، وانخفض سعر الفائدة فأصبحت الأجرة المتفق عليها لا تكفي لتغطية مصاريف صيانة العين المؤجرة.

وقد تنبه فقهاء القانون الكنسي إلى مجافاة هذا الوضع لقواعد العدالة، فقرروا عدم جواز الغبن في العقود، سواء تحقق هذا الغبن عند انعقادها أو عند تنفيذها، ورتبوا على ذلك أن في كل عقد شرط ضمني من مقتضاه وجوب تعديل التزام العاقد إذا تغيرت الظروف عند التنفيذ بحيث أصبح في الالتزام إرهاق له.

غير أن هذه النظرية التي أرسى قواعدها شراح القانون الكنسي لم تلبث أن اندثرت في فقه القانون الفرنسي القديم، وفي فقه القانون الفرنسي الحديث عند وضعه، نظراً لما تؤدي إليه من المساس بمبدأ كفاية الارادة الذي بنى عليه هذا التشريع. وقد ظل القضاء المدني الفرنسي، وتبعاً له القضاء المصري معرضا عن هذه النظرية وأمينا على التزام حكم العقد حتى ولو أصبح الالتزام لظرف طارىء مرهقاً في تنفيذه للمدين، ما دام هذا الظرف لم يبلغ مرتبة القوة القاهرة التي تؤدي الى استحالة التنفيذ وانقضاء الالتزام. وقد كانت حجة القضاء في ذلك أن في احتمال تعديل العقد ما قد يدعو المدين الى الغش بادعاء خلاف الواقع، فضلا عما في هذا الأمر من الاضرار باستقرار المعاملات، لأنه لو عدلت آثار عقد لوجب تعديل كافة العقود التي تترتب عليه، مما يقضي على الثقة الواجبة في التعامل.

غير أن نظرية الظروف الطارئة (théorie de l’imprevision) وإن لم تصادف قبولا في القضاء المدني الفرنسي، إلا أنها وجدت نصيراً في قضائه الاداري، فقد بعث هذا القضاء هذه النظرية من مرقدها لما دعته ظروف الحرب العالمية الأولى إلى ذلك، فأخذ بها في عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة، ثم بعد ذلك بدأت النظرية

تلقى تأييداً في الفقه والتشريع، فأخذت بها بعض التقنينات الحديثة كالقانون البولوني (م ٢٦٩) والقانون المدني الايطالي (م ١٤٧٦) والقانون المدني المصري الحالي (١٤٧/ ٢) والقانون العراقي (م ١٤٦) والقانون الكويتي (م ١٩٨) والقانون المدني الأردني (م ٢٠٥).

وإذا كان الفقه الاسلامي لم ترد فيه نظرية عامة للحوادث الطارئة على النحو الوارد في القوانين الوضعية، الا أنه عرف تطبيقات مختلفة لهذه النظرية أهمها الاعذار في عقد الايجار حيث يفسخ الايجار للعذر، والجوائح في بيع الثمار حيث ينقص الثمن بقدر معين (١).

٣٣١ ـ **شروط الأخذ بالنظرية** : تنص المادة ٢٠٥ مدني على أنه «اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقاً بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول أن اقتضت العدالة ذلك، و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك»(٢).

ظاهر من هذا النص أن لنظرية الظروف الطارئة شروط معينة ينبغي توافرها لكي يطبق حكمها ـ وسنتناول فيما يلي كل شرط من هذه الشروط(٣):

الشرط الاول : أن يكون العقد المراد إعمال النظرية في شأنه من العقود المتراخية التنفيذ، سواء كان العقد من أصل طبيعته من عقود المدة أي من العقود المستمرة أو الدورية التنفيذ، أو كان من العقود الفورية ولكن كان تنفيذه مؤجلا.

أما العقود التي يتم تنفيذها فور انعقادها فلا يتصور الأخذ في شأنها بنظرية الظروف الطارئة بل بنظرية الاستغلال (في القانون المصري).

كذلك يجب أن يكون العقد المتراخي التنفيذ من العقود المحددة، فان كان من العقود الاحتمالية فلا محل لاعمال نظرية الظروف الطارئة في شأنه، لأن مثل هذه العقود تعرض بطبيعتها أحد المتعاقدين لاحتمال كسب كبير أو خسارة جسيمة.

---

١. الجائحة هي ما يصيب الثمر من السماء كالبرد أو من آفة كالعفن، والعطش يعتبر جائحة بلا خلاف. (راجع المرحوم عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي جـ٦ ص ٩٧ وما بعدها).

٢. تطابق المادة ٢٠٥ مدني أردني المادة ٢/١٤٧ من التقنين المدني المصري، فيما عدا أن المادة ٢٠٥ أردني تضيف عبارة (ان اقتضت العدالة ذلك) بعد لفظ (المعقول).

٣. أنظر «بارير» رسالة من «بوردو» سنة ١٩٣٧ ـ «فولا» رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ ـ «زاكساس» رسالة من «تولوز» سنة ١٩٣٩.

الشرط الثاني ــ أن يطرأ بعد انعقاد العقد وقبل تنفيذه حادث استثنائي عام كحرب أو ثورة أو زلزال أو فيضان عال غير منتظر، أو اضراب مفاجيء أو استيلاء إداري، أو صدور تسعيرة أو الغاؤها... الخ. وعلى هذا الأساس يجب استبعاد الظروف الخاصة بالمدين كمرضه أو افلاسه أو موته أو اضطراب أعماله من مجال تطبيق هذه النظرية، بل إن في عدم الاعتداد بأي ظرف خاص بالمدين ضمان لعدم الغش من جانبه بادعائه خلاف الواقع.

الشرط الثالث ــ أن يكون الحادث الاستثنائي العام غير متوقع وغير مستطاع دفعه؛ فاذا كان متوقعاً، أو كان غير متوقع ولكن في الاستطاعة دفعه، فلا يؤخذ به لأعمال هذه النظرية، و يعتبر هذا الشرط من الشروط التي تقدر موضوعيا.

الشرط الرابع ــ أن يؤدي الحادث إلى جعل الالتزام مرهقا للمدين دون أن يصل الأمر إلى حد استحالة تنفيذه، وفي هذا يختلف الظرف الطارىء عن القوة القاهرة، لأنه إذا كان الجامع بينهما هو صفة المفاجأة والحتم، الا أن الفارق بينهما أن الأول يؤدي لا الى استحالة تنفيذ الالتزام بل إلى جعله مرهقا للمدين، ولذا يكون الجزاء فيه هو رد الالتزام الى الحد المعقول، أما الثاني وهو القوة القاهرةفمن أثره استحالة تنفيذ الالتزام وانقضائه تبعاً لذلك.

والارهاق الذي يستشعره المدين من جراء الحادث المفاجىء هو ما يهدده بخسارة فادحة أي بخسارة تجاوز بكثير المألوف في حسبان المتعاقد وقت التعاقد، والمعيار في هذا الشأن معيار موضوعي لا يعتد فيه بظروف العاقد الشخصية.

٣٣٢ ــ **سلطة القاضي وفقا لهذه النظرية** : قصر المشرع الاردني في المادة ٢٠٥ مدني سلطة القاضي ــ إذا توافرت شروط الظرف الطارىء ــ على تعديل العقد دون فسخه. والتعديل يكون رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ولا قيد على القاضي في تخير نوع التعديل الذي يدخله على شروط العقد إلا ما يمليه تحقيق التوازن بين مصلحة طرفيه، وقد يكون ذلك انقاص الالتزام المرهق أو زيادة الالتزام المقابل بما يؤدي الى توزيع الخسارة بين الدائن والمدين، وقد يكون أيضا بوقف تنفيذ العقد بعض الوقت لأن الحادث المفاجىء مقدر له الزوال في زمن قريب، بشرط ألا يكون في وقت التنفيذ ضرر جسيم للدائن.

وإذا تخير قاضي الموضوع انقاص الالتزام المرهق أو زيادة الالتزام المقابل، فلا يكون ذلك إلا بالنسبة للوقت الحاضر لا بالنسبة للزمن المستقبل، بمعنى أنه إذا زال أثر الظرف الطارىء بعد الحكم تعين استرجاع العقد لكامل حكمه.

ونص المادة ٢٠٥ مدني فيما يتعلق بجوازتعديل قاضي الموضوع لمضمون العقد اذا وجد ظرف طارىء توافرت فيه الشروط السابق ذكرها، نص آمر لا يجوز للافراد الاتفاق على استبعاده.

هذا وقد ذهبت المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني في تعليقها على سلطة قاضي الموضوع(١) أن المشرع لم يترك لهذا القاضي تقدير الظرف الطارىء تقديراً ذاتيا أي شخصيا، بل قيده بقيد موضوعي يتمثل في وجوب اقتضاء العدالة تعديل الالتزام المرهق برده الى الحد المعقول؛ ونرى أن القيد الوارد في المادة ٢٠٥ مدني «إن اقتضت العدالة ذلك» ليس خاصا بتقدير الظرف وإنما خاصا بتقدير أثره على التزام المدين.

٢٣٣ ـ النصوص القانونية الخاصة في شأن الظرف الطارىء: لم يكتف المشرع الاردني بارساء قواعد نظرية الظروف الطارئة في نص عام، بل أورد لها تطبيقات في نصوص خاصة منها: ما تعلق بعقد الايجار، فنص في المادة ٧٠٩/٢ على أنه «إلا أنه يجوز لورثة المستأجر فسخ العقد اذا اثبتوا أن أعباء العقد قد أصبحت بسبب وفاة مورثهم أثقل من أن تتحملها مواردهم أو تتجاوز حدود حاجتهم»؛ ونصت المادة ٧١٠/١ على أنه «يجوز لأحد المتعاقدين لعذر طارىء يتعلق به أن يطلب فسخ عقد الايجار، وحينئذ يضمن ما ينشأ عن هذا الفسخ من ضرر للمتعاقد الآخر في الحدود التي يقرها العرف».

ومنها ما تعلق بحق الارتفاق، فنص في المادة ١٣١٩ على أنه «ينقضي الحق المجرد إذا زال الغرض منه للعقار المنتفع أو بقيت له فائدة محدودة لا تتفق مع الأعباء الواقعة على العقار الخادم».

واذا تعلق الأمر بحالة من هذه الحالات الخاصة وجب تطبيق النص الوارد في شأنها لا النص العام الوارد في المادة ٢٠٥ مدني، لأن المشرع الأردني لم يلتزم في هذه الحالات الخاصة بالشروط العامة لنظرية الظروف الطارئة، من ذلك أنه لم يشترط في عقد الايجار في الظرف الطارىء أن يكون عاما، بل أخذ به ولو كان خاصا بشخص العاقد.

---

١. المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني جـ١، ص ٢٣٣.

الفرع الثاني
جزاء عدم التنفيذ
أو
المسؤولية العقدية

٣٣٤ ـ **اركان المسؤولية :** المسؤولية العقدية (la responsabilite contractuelle) هي جزاء عدم تنفيذ العقد. وتنفيذ العقد تنفيذاً عينيا واجب، وفي هذا تقول المادة ١/٣١٣ مدني أردني «ينفذ الحق جبرا على المدين به عند استحقاقه متى استوفى الشرائط القانونية»(١)، كما تقول المادة ١/٣٢٩ «**اذا كان الدين مما يتعين بالتعيين فليس للمدين أن يدفع غيره بدلا عنه دون رضا الدائن حتى لو كان هذا البدل مساو يا في القيمة للشيء المستحق أو كانت له قيمة أعلى**».

أي أن تنفيذ العقد تنفيذا عينياً واجب اذا كان ذلك ممكنا وطلبه الدائن، كما لو كان محل الالتزام مبلغا من النقود (والتنفيذ العيني بالنسبة لهذا الالتزام دائما ممكنا) أو كان المطلوب تنفيذه هو نقل حق عيني يستطاع قهر المدين عليه بدعوى صحة التعاقد.

غير أنه في بعض الأحيان قد لا يكون تنفيذ الالتزام عينا من الأمور الممكنة، وذلك إما لهلاك المحل اذا كان التزاما باعطاء شيء، أو لضرورة قيام المدين به بنفسه اذا كان التزاما بعمل، أو لسبق وقوع المخالفة إذا كان التزاماً بامتناع عن عمل. وفي جميع هذه الصور لا يكون أمام الدائن إلا المطالبة بالتعو يض على أساس المسؤولية العقدية.

كذلك قد يكون التنفيذ العيني ممكنا ولكن لا يطلبه الدائن ولا يعرضه المدين، فلا يبقى إلا التنفيذ بمقابل، أي الرجوع بالتعو يض على أساس هذه المسؤولية.

ولكن هل تقوم هذه المسؤولية لمجرد عدم تنفيذ العقد، أي لمجرد عدم الوفاء بالالتزام؟ و بتعبير آخر هل يتحمل المدين في جميع الحالات تبعة عدم التنفيذ؟ الأصل هو أن مجرد عدم التنفيذ لا يستتبع قيام مسؤولية المدين بل يجب أن يكون عدم التنفيذ راجعاً الى فعلة أي الى خطئه، و بعبارة أخرى أن المسؤولية العقدية لا

---

١. تقابل المادة ١/١٩٩ من التقنين المدني المصري التي تنص على أنه «ينفذ الالتزام جبرا على المدين».

تقوم إلا إذا توافر الخطأ في جانب المدين، أما حيث ينتفي الخطأ بقيام السبب الأجنبي فلا محل لمساءلة المدين، وهذا الحكم مستفاد من المادة ٢/٣٥٨ مدني، التي تنص على أنه «وفي كل حال يبقى المدين مسؤولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم».

على أن الخطأ وحده لا يكفي لقيام هذه المسؤولية، بل يجب أن يتبعه ضرر يلحق الدائن، وأن يكون هذا الضرر راجعاً الى الخطأ، وهذه أركان المسؤولية وسنقتصر هنا على دراسة هذه الأركان، مرجئين دراسة الاتفاقات المعدلة لأحكامها الى حين بحث المسؤولية التقصيرية حتى يسهل عقد مقارنة بين المسؤليتين في هذا الموضوع.

المبحث الأول
الخطأ

٣٣٥ ـ **تحديد الخطأ العقدي**: يمكن القول بأن الخطأ العقدي هو انحراف ايجابي أو سلبي في سلوك المدين يؤدي إلى مؤاخذته. ومعيار هذا الانحراف هو مجافاة مسلك المدين لمسلك الشخص العادي أو ما يسمى برب الأسرة المعني بأمور نفسه، وعلى هذا نصت الفقرة الأولى من المادة ٣٥٨ من القانون المدني الاردني بقولها «اذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بادارته أو توخي الحيطة في تنفيذ التزامه، فانه يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك».

وفكرة الشخص العادي فكرة مجردة يرجع في تحديدها إلى الرجل العادي في طائفة الناس التي ينتمي إليها المدين، فاذا كان المدين طبيبا مثلا، فيقارن مسلكه، لمعرفة ما إذا قد ارتكب خطأ، بمسلك الطبيب العادي اذا وجد في مثل ظروفه.

على أن الأصل في المسؤولية العقدية هو افتراض وقوع الخطأ من جانب المدين اذا لم ينفذ التزامه في جملته أو في جزء منه أو تأخر في تنفيذه. ولا يستطيع المدين نفي افتراض الخطأ عن نفسه الا اذا أثبت أن عدم التنفيذ راجع الى سبب أجنبي، وهذا هو المعنى المقصود من عبارة المادة ٤٤٨ مدني اردني من أنه «ينقضي الالتزام إذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه»(١).

---

١. تطابق المادة ٢١٥ من التقنين المدني المصري.

وتحديد الخطأ العقدي يستدعي التفرقة بين نوعين من الخطأ، هما الخطأ العمد والخطأ غير المتعمد. فاذا كان خطأ المدين عمديا بأن قصد عدم تنفيذ التزامه اضراراً بالدائن قيل أن المدين قد ارتكب غشا (dol) ولذا فتشغل مسؤوليته في جميع الحالات، ولا يستطيع التأمين عليها، أو الاتفاق على الاعفاء منها وعلى هذا نصت المادة ٢/٢١٧ من التقنين المدني المصري، وإذا لم يكن لهذه المادة مقابلا في القانون المدني الأردني الا أن حكمها مستفاد من نص المادة ٢/٣٥٨ السابق ذكرها والتي تقضي بأنه «وفي كل حال يبقى المدين مسؤولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم». وواضح من هذه المادة أن الخطأ الجسيم يعامل معاملة الغش.

٣٣٦ ـ **نظرية تدرج الخطأ ونقدها :** كان من رأي شراح القانون الفرنسي القديم «كبوتييه» تقسيم الخطأ غير المتعمد فيما يتعلق بالالتزام ببذل عناية الى ثلاث درجات (gradation des fautes) وهي : الخطأ الجسيم (Gulpa lata) وهو الخطأ الذي لا يرتكبه حتى أكثر الناس إهمالا، والخطأ اليسير (Gulpa Levis) وهو الخطأ الذي لا يقع من الشخص المتوسط العناية، والخطأ التافه (Gulpa levissima) وهو الخطأ الذي لا يقع من الحريص الحازم.

أما فائدة هذا التقسيم فتظهر في تقسيمات العقود المختلفة، فما كان من العقود في منفعة الدائن وحده كالوديعة غير المأجوره، فلا يسأل فيها المدين الا عن الخطأ الجسيم، وما كان من العقود في منفعة المتعاقدين معا كالايجار، فلا يسأل المدين فيها الا عن الخطأ اليسير، وما كان من العقود في منفعة المدين وحده كعارية الاستعمال، فيسأل فيها المدين عن خطئه التافه. غير أن هذه النظرية لم تجد تأييداً في الفقه أو التشريع(١)، وظلت القاعدة العامة فيما يتعلق بتحديد الخطأ هي الفعل الذي لا يقع من الشخص العادي، وهو المعيار الذي نص عليه صراحة المشرع الاردني (م ١/٣٥٨) كما سبق أن ذكرنا.

غير أن الخطأ قد يقع من المدين نفسه، وقد يقع من شخص آخر يسأل عنه المدين، أو من شيء في حراسة المدين، وفي جميع هذه الحالات تقوم مسؤولية المدين العاقد، وسنتناول بالبحث كل حالة من هذه الحالات.

---

١. «بلانيول وريبر واسمان» جـ٦ بند ٣٧٩ ص ٥٠٢.

المطلب الأول
الخطأ العقدي في مسؤولية العاقد عن فعله الشخصي

٣٣٧ ـ **عبء إثبات الخطأ العقدي:** حددنا فيما تقدم المقصود بالخطأ العقدي، وذكرنا أنه لا يكفي عدم تنفيذ العقد لقيام المسؤولية العقدية، بل يجب أن يكون عدم التنفيذ راجعا إلى خطأ المدين. ونسبة واقعة عدم التنفيذ إلى خطأ المدين، وهي التي تقوم عليها المسؤولية العقدية، هي بيت القصيد في مشكلة إثبات الخطأ العقدي، بمعنى هل يتعين على الدائن أن يثبت عدم تنفيذ الالتزام ونسبة هذه الواقعة الى خطأ المدين، أم يكفي أن يثبت عدم التنفيذ فيفترض الخطأ في جانب المدين، و يكون على هذا الأخير إذا أراد نفي مسؤوليته أن يقيم الدليل على وجود السبب الاجنبي ؟

الظاهر من نصوص القانون المدني الاردني وجوب التفرقة في هذا الموضوع بين الالتزام بتحقيق نتيجة و بين الالتزام ببذل عناية.

ففيما يتعلق بالنوع الأول يكفي أن يثبت الدائن عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، أي يكفي أن يثبت عدم تحقق النتيجة، ففي البيع مثلا يكفي أن يثبت المشتري عدم تسليم المبيع، وفي عقد النقل يكفي أن يثبت العميل عدم وصول البضاعة في الموعد المتفق عليه مع أمين النقل، فان أثبت الدائن ذلك فيفترض وقوع الخطأ من جانب المدين، و يتعين في هذه الحالة على هذا الأخير اذا أراد نفي المسؤولية عن نفسه أن يقيم الدليل على وجود السبب الأجنبي الذي ترتب عليه عدم تنفيذ الالتزام.

أما فيما يتعلق بالنوع الثاني من الالتزام وهو الالتزام ببذل عناية كما في الوكالة أو الوديعة أو العارية، فلا يكفي من الدائن إثبات عدم تنفيذ الالتزام لكي يفترض الخطأ في جانب المدين، بل على الدائن إثبات هذا الخطأ، أي عليه إثبات أن المدين لم يبذل في تنفيذ التزامه العناية المطلوبة، فان أثبت ذلك، انتقل عبء الاثبات الى المدين، ووجب عليه اذا أراد نفي مسؤوليته إقامة الدليل على وجود السبب الاجنبي. وهذا هو المعنى المقصود من عبارة المادة ١/٣٥٨ من التقنين الأردني التي تنص كما رأينا على أنه «اذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بادارته أو توخي الحيطة في تنفيذ التزامه فانه يكون قد وفى بالالتزام

إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك(١).

واختلاف الوضع بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية راجع الى طبيعة كل منهما، اذ في الالتزام الأول المطلوب هو تحقيق غاية معينة، فاذا قصر المدين عن تحقيقها فيمكن افتراض وقوع الخطأ منه؛ أما في الالتزام الثاني فالمطلوب من المدين هو بذل جهد معين، ولذا يكون مثار النزاع عادة ليس في عدم تنفيذ الالتزام، بل في سوء تنفيذه، والوضع الطبيعي في هذه الحالة أن على من يدعي سوء التنفيذ، وهو الدائن بداهة، إقامة الدليل على خطأ المدين باثبات قصور العناية التي بذلها عن عناية الشخص العادي.

على أنه قد يحدث أن يستبدل المشرع في بعض الحالات بالمعيار العام في العناية ــ وهو معيار عناية الشخص العادي ــ معياراً خاصاً يشدد أو يخفف في مقدار العناية المطلوبة، وذلك نزولا على اتفاق المتعاقدين أو على نص خاص في القانون، من ذلك ما نص عليه المشرع الاردني في شأن الوكالة في الفقرة الأولى من المادة ٨٤١ من أنه «على الوكيل أن يبذل في تنفيذ ما وكل به العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة إذا كانت الوكالة بلا أجر»، وأضاف في الفقرة الثانية «وعليه أن يبذل في العناية بها عناية الرجل المعتاد اذا كانت بأجر»(٢). أي أنه اذا كانت الوكالة بغير أجر وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذ التزامه من العناية ما يبذلها في شؤونه الخاصة دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد.

---

١. تطابق المادة ١/٢١١ من التقنين المدني المصري.

٢. تقابل المادة ٧٠٤ من التقنين المدني المصري.

المطلب الثاني
الخطأ العقدي في المسؤولية عن فعل الغير

٣٣٨ ـ **وضع المسألة :** لتحديد حالة مسؤولية المدين العقديه عن خطأ الغير يتعين استبعاد الحالات التي قد تشتبه بالحالة موضوع البحث؛ من ذلك حالة ما إذا كان المدين قد تعهد شخصيا بالالتزام، فان خالف التعهد وعهد إلى الغير بتنفيذ الالتزام، فتشغل مسؤوليته لا لخطأ من الغير بل لخطئه الشخصي؛ ومنها حالة ما اذا تدخل الغير لمنع تنفيذ الالتزام بالتواطؤ مع المدين، إذ تقوم مسؤولية المدين على أساس الخطأ الشخصي؛ ومنها حالة ما اذا تدخل الغير من تلقاء نفسه لمنع الوفاء بالالتزام، وقد يتحقق في هذه الحالة وجود السبب الأجنبي الذي ينفي عن المدين كل مسؤولية.

وعلى ذلك يكون الوضع الطبيعي لمسؤولية المدين عن خطأ الغير هي حالة حلول الغير محله حلولا صحيحاً في تنفيذ التزامه، و يتحقق ذلك إذا كلف المدين الغير ـ وقد أذنه الدائن في ذلك ـ بتنفيذ التزامه، أو كان التكليف آت من القانون كما هو الشأن بالنسبة لمسؤولية الصغير أو المحجور عليه عن خطأ الولي أو الوصي أو القيم في تنفيذ العقود التي عقدوها لحسابه.

٣٣٩ ـ **شروط المسؤولية العقدية عن فعل الغير :** لا يوجد في القانونين الأردني والمصري نص يقرر بطريق مباشر مسؤولية العاقد عن فعل الغير كما هو الشأن في بعض التقنينات الأجنبية كالتقنين الألماني والتقنين السو يسري، ولكن يوجد في القانون المصري نص يقررها بطريق غير مباشر، وهو نص المادة ٢/٢١٧ مدني الذي يقرر «وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي الا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه». فهذا النص الخاص بتعديل قواعد المسؤولية العقدية عن فعل الغير، لا يتصور انطباقه الا اذا كانت القاعدة العامة هي مسؤولية المدين مسؤولية عقدية عن خطأ من يستخدمهم في تنفيذ التزامه. كذلك أتى المشرع المصري بتطبيقات لهذه القاعدة في نصوص خاصة ببعض العقود؛ كذلك نجد في القانون المدني الأردني ـ بالرغم من افتقاره بدوره الى نص عام يقرر بطريق مباشر مسؤولية العاقد عن فعل الغير ـ نصوصا تتناول هذه المسؤولية ـ في خصوص بعض العقود، من ذلك ما تنص عليه المادة ٢/٦٨٤ من أنه «ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأعمال

التي تصدر منه أو من اتباعه بل يمتد هذا الضمان إلى كل تعرض أو ضرر مبني على سبب قانوني يصدر من أي مستأجر آخر أو من أي شخص تلقى الحق عن المؤجر»(١). إذ معنى هذا النص أن المؤجر مسؤول مسؤولية عقدية قبل المستأجر عن الأعمال التي تصدر من أتباعه ممن يعهد اليهم في تنفيذ عقد الايجار ومن ذلك ايضا ما تنص عليه المادة ٧٩٨ من أنه «١ ـ يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل كله أو بعضه الى مقاول آخر اذا لم يمنعه شرط في العقد او لم تكن طبيعة العمل تقتضي أن يقوم به بنفسه. ٢ ـ وتبقى مسؤولية المقاول الأول قائمة قبل صاحب العمل»(٢). فهذه المادة تتناول مسؤولية المقاول الأصلي العقدية قبل رب العمل عن أعمال المقاول من الباطن.

وظاهر من نص المادة ٢/٢١٧ مدني مصري، ومن النصوص الخاصة التي أوردها كل من القانونين المصري والأردني في موضوع مسؤولية المدين العقدية عن فعل الغير أنه يشترط لقيام هذه المسؤولية الشروط الآتية:

أولا ـ أن يكون هناك عقد صحيح بين المدين وهو المسؤول و بين الدائن وهو المضرور كعقد إيجار أو عقد مقاولة... الخ. و يجب أن يكون هذا العقد صحيحا، لأنه إن لم يكن صحيحا، بل كان باطلا، فانه يترتب على الحكم ببطلانه زواله بأثر رجعي، ولا نكون في هذه الحالة بصدد مسؤولية عقدية، بل بصدد مسؤولية تقصيرية اذا توافرت شروطها.

ثانياً ـ أن يتولى غير المدين تنفيذ التزام هذا الأخير بناء على نص في القانون كما هو الأمر بالنسبة للنائب القانوني، أو بناء على اتفاق مع المدين كما هو الشأن في حالة المقاولة من الباطن إذ يكون المقاول الأصلي مسؤولا قبل رب العمل عن أعمال المقاول من الباطن.

واذا تحققت مسؤولية المدين العقدية عن فعل الغير قبل دائنه، كان له أن يرجع بدوره على الغير إما بالمسؤولية العقدية اذا كان قد كلفه بتنفيذ العقد، وإما بالمسؤولية التقصيرية اذا كان الغير قد قام بتنفيذ العقد بتكليف من القانون.

---

١. تطابق المادة ٢/٥٧١ من القانون المدني المصري.
٢. تقابل المادة ٦٦١ من القانون المدني المصري.

المطلب الثالث
الخطأ العقدي في المسؤولية عن الأشياء

٣٤٠ ـ انعدام التمييز بين المسؤولية عن الأشياء و بين المسؤولية عن الخطأ الشخصي : أساس المسؤولية العقدية هو ما يلحق الدائن من ضرر بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه، ولكن قد يحدث أن يتدخل شيء في إحداث هذا الضرر، كما لو أصيب راكب في حادث تصادم سيارة أو قطار، فهنا تقوم مسؤولية أمين النقل، وهي مسؤولية عقدية لا تقصيرية لوجود عقد بينه و بين الراكب، و يكون أساس هذه المسؤولية ليس فعل أمين النقل الشخصي بل فعل الشيء، وليس لهذه المسؤولية قواعد خاصة منفصلة عن القواعد التي تحكم المسؤولية عن الخطأ الشخصي، ولذا تنصرف إليها قواعد هذه المسؤولية الأخيرة.

٣٤١ ـ الأخذ بالنصوص الخاصة إن وجدت : اذا كان الأصل هو تطبيق قواعد المسؤولية عن الخطأ الشخصي على المسؤولية عن فعل الشيء، الا أنه إذا وجد نص خاص في شأن هذه المسؤولية الأخيرة فيتعين الأخذ به، كما هو الأمر فيما تقرره المادة ١/٦٨٦ مدني أردني من ضمان المؤجر للمستأجر ما يوجد في العين المؤجرة من عيوب تحول دون الانتفاع بها، أو تنقص من هذا الانتفاع نقصاً فاحشاً. إذ وفقاً لهذا النص يسأل المؤجر عن الضرر الذي يلحق المستأجر من فعل العين المؤجرة، كما لو إنهار سقف الدار لوجود عيب خفي فيه فأصاب منقولات المستأجر بالتلف، و يكون أساس هذه المسؤولية ليس فعل المؤجر الشخصي بل فعل الغير.

المبحث الثاني
الضرر

٣٤٢ ـ الضرر ركن في المسؤولية المدنية: تقوم المسؤولية المدنية(la responsabilite civile) عقدية كانت أم تقصيرية على وجوب تعويض المضرور عما لحقه من ضرر (préjudice). واشتراط وقوع الضرر لقيام المسؤولية العقدية مستفاد من نص المادتين ٣٦٠ و٣٦٣ من القانون المدني الأردني؛ ذلك أن المادة ٣٦٠ تقرر أنه «اذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حددت المحكمة مقدار الضمان الذي تلزمه المدين مراعية في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدأ من المدين». وأن المادة ٣٦٣ تقضي بأنه «اذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون أو في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلا حين وقوعه».

ولكن من عليه عبء الاثبات بالنسبة لهذا الركن من أركان المسؤولية؟ القاعدة أن إثبات الضرر على الدائن، لأنه هو الذي يدعيه، وأنه لا يكفي إثبات عدم تنفيذ المدين لالتزامه ولو كان التزاما بتحقيق نتيجة لافتراض وقوع الضرر، لأنه قد لا ينفذ المدين التزامه ومع ذلك لا يصيب الدائن أي ضرر، كما لو تأخر أمين النقل في إيصال أحد الجياد عن الموعد المتفق عليه ليشترك في سباق ما، ثم تبين بعد ذلك تأجيل أو الغاء هذا السباق، فهنا لم يصب صاحب الجواد أي ضرر من جراء عدم تنفيذ أمين النقل لالتزامه.

غير أنه يستثنى من قاعدة وجوب أثبات الدائن لما لحقه من ضرر من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه أمران: الأول خاص بفوائد النقود، فلا يشترط لاستحقاق هذه الفوائد أن يثبت الدائن أن ضرراً قد اصابه، بل وأكثر من ذلك لا يجوز للمدين إثبات انتفاء الضرر للتخلص من دفع فوائد التأخير (وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٢٢٨ من التقنين المدني المصري).

الثاني خاص بالشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي، إذ يكون في القانون المدني الأردني على من يدعي أن هذا التعويض ليس مساوياً للضرر؛ سواء أكان الدائن الذي يدعي أن التعويض المتفق عليه أقل من الضرر الحاصل، أو المدين الذي يدعي أن التعويض المشروط يتجاوز الضرر الواقع، أن يثبت ما يدعيه، وهذا الحكم مستفاد من المادة ٢/٣٦٤ التي تنص على أنه «و يجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير

مساو ياً للضرر و يقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك»(١).

ولكن ما هو نوع الضرر الواجب التعو يض عنه، وما مدى هذا التعو يض؟ هذا ما سنتناولة فيما يلي:

المطلب الأول
أنواع الضرر

٣٤٣ ـ **الضرر المادي والضرر الأدبي**: الضرر إما أن يكون مادياً وإما أن يكون أدبياً. والضرر المادي (préjudice materiel) وهو الذي يصيب الشخص في ذمته الماليه أو في جسمه، كالمودع لا يستطيع استرداد الوديعة، وكالمسافر يصاب في حادث أثناء السفر.

أما الضرر الأدبي (préjudice moral) فهو ما يصيب الشخص في حساسيته كالألم، أو في شعوره كخدش الشرف، أو في عاطفته كفقد عزيز عليه. ومن الأمثلة على الضرر الأدبي التي يمكن أن تساق في هذا الموضوع وأغلبها مأخوذة من قضاء المحاكم: ما يصيب المؤلف في سمعته بسبب تغييرات أحدثها الناشر في كتابه، وما يصيب صديق المتوفي في عاطفته بسبب عدم الاشتراك في تشييع جنازته لتأخر القطار الذي يقله عن ميعاد وصوله، أو ما يصيب أقارب المتوفي في شعورهم بسبب نقل جثمان الفقيد إلى مكان دفنه قبل الموعد المحدد لتشييع جنازته، أو ما يصيب رب العمل في هيبته بسبب اخلال العامل بواجب الاحترام نحوه، أو ما يصيب ممثلة كبيرة في شهرتها بسبب ذكر اسمها في اعلانات المسرح بأحرف صغيرة.

وقد يختلط الضرر الأدبي بالضرر المادي كما هو الشأن فيما يصيب ممثلة في مظهرها بسبب قص شعرها الى حد لم تطلبه، أو ما يترتب على حادث تصادم من تشو يه في جسم المسافر ونقص في قدرته على العمل، وفي هذه الحالة يراعى جنس المصاب وسنه، وموضع التشو يه في جسمه.

وقد أثار التعو يض عن الضرر الأدبي وعلى الأخص ما تعلق بالمسؤولية

---

١. في القانون المدني المصري ينتقل عبء الاثبات فيما يتعلق بالشرط الجزائي إلى المدين، و يتعين على هذا الاخير إذا أراد منع استحقاق التعو يض أن يثبت أن الضرر المفروض وقوعه لم يتحقق، وهذا الحكم مستفاد من المادة ١/٢٢٤ التي تقضي بأنه «لا يكون التعو يض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر».

العقدية الخلاف بين الشراح، إلا أن المشرعين المصري (م ٢١٢/١ مدني مصري) والاردني قد اوردا حكماً قاطعاً في وجوب التعويض عن الضرر الأدبي، إذ تنص المادة ٢٦٧ من القانون المدني الاردني في فقرتها الأولى على أنه «يتناول حق الضمان الضرر الأدبي كذلك فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤولا عن الضمان»(١).

هذا وسنعود إلى بحث موضوع الضرر الأدبي وبيان من له الحق في المطالبة بتعويض عنه، عند دراسة المسؤولية التقصيرية لوحدة الأحكام في هذا الموضوع بين نوعي المسؤولية المدنية.

٣٤٤ ـ **وجوب تحقق الضرر** : يشترط في الضرر الذي يطالب الدائن بالتعويض عنه، سواء أكان ضرراً ماديا أو ضرراً أدبيا، أن يكون ضرراً محققا (certain).

والضرر يكون محققاً اذا كان حالا أي وقع فعلا (Préjudice actuel) أما اذا كان مستقبلا (préjudice futur) فقد يكون محقق الوقوع وقد يكون محتملا (préjudice éventuel).

فاذا كان الضرر محقق الوقوع فيجب التعويض عنه، ولا يتعين في هذه الحالة انتظار وقوعه لرفع دعوى المسؤولية المدنية اذا كانت عناصر تقدير التعويض متوافرة في الحال، كما لو تعاقد صاحب مصنع على استيراد خامات سيحتاج إليها بعد نفاذ ما خزنه منها، فاذا لم ينفذ المدين التزامه، كان لصاحب المصنع الرجوع عليه بتعويض ما سيصيبه من ضرر مستقبل، لأنه ضرر محقق الوقوع. وفي هذا تقول محكمة التمييز أنه «إذا لم يقم المدعى عليه بالتزامه المتمثل في تسليم باقي كمية الحديد المتعاقد عليها فان من حق المدعي بعد إعذاره أن يطالب إما بتنفيذ العقد عينا أو التنفيذ بطريق التعويض عن الضرر الناشيء عن عدم الوفاء بالالتزام، ويكون التعويض المستحق في هذه الحالة هو المقدار الثابت من الضرر والخسارة اللاحقين فعلا بالمدعي من جراء النكول (وهو الفرق بين قيمة الحديد الفعلية بالتاريخ المحدد في العقد للتسليم وقيمته بتاريخ تبليغ الأخطار على أساس أن المدعى عليه ملزم عند تبليغه الأخطار بتسليم المبيع عينا)(٢). أما إذا كان الضرر محتمل الوقوع أي قد يقع وقد لا يقع في المستقبل فلا محل لطلب التعويض عنه في الحال، بل يجب الانتظار حتى يتحقق، كما لو أصيب مسافر في حادث تصادم،

---

١. راجع تمييز حقوق في ١٩٨١/١٠/٥ مجلة نقابة المحامين ١٩٨٢ س ٣٠ ع ٤ ـ ٧ رقم ٨١/٤٨٦ ص ٤٨٤.
٢. تمييز حقوق في ١٩٨٢/١١/٢٧ مجلة نقابة المحامين ١٩٨٣ س ٣١ ع ١ ـ ٤ رقم ٨٢/٩٥ ص ٢٤٢.

فالاصابة ضرر محقق يعوض عنه في الحال، أما ما قد ينشأ عنها من فقد عضو في جسده كقدمه أو ذراعه فضرر محتمل، ولذا فلا يعوض عنه إلا اذا تحقق الضرر فعلا.

هذا و يتصل بالضرر المحتمل ما يسمى بفوات الفرصة (la perte d'une chance)كما لو تأخر أمين النقل في نقل جواد من جياد السباق، وترتب على ذلك عدم اشتراكه في السباق وضياع فرصة كسب الجائزة على صاحبه، أو كما لو أخلت شركة سينمائية بالتزاماتها نحو أحد الممثلين فضاعت عليه فرصة الوصول إلى الشهرة التي كان يرجوها من وراء ظهوره في الأفلام المتعاقد عليها، أو كما لو قصر أحد المحامين في رفع استئناف عن حكم في الميعاد، فضاعت على موكله فرصة كسب القضية، وهذا هو المعنى المفهوم من قرار محكمة التمييز الصادر في ١٩٨٣/٣/٢٩ والذي جاء فيه «إن المحامي الذي يفوت على الموكل المدد القانونية المقررة في اجراءات الخصومة القضائية واجراءات التنفيذ يعتبر مقصراً في بذل العناية اللازمة في تنفيذ ما وكل به إعمالا لحكم المادة (٢/٨٤١) من القانون المدني، وإن تقصيراً كهذا يرتب على المحامي مسؤولية الضمان بما يساوي الضرر الواقع فعلا حين وقوعه بمفهوم المادة (٣٦٣) من القانون المدني»[١].

وفي جميع الصور السابقة إذا كان موضوع الفرصة أمراً احتماليا بالنسبة الى الدائن، الا أن تفو يت الفرصة نفسها ضرر محقق، ولذا يتعين التعو يض عن فواتها، و يراعى في تقدير هذا التعو يض مدى احتمال نجاح الدائن في الفرصة التي فاتته.

---

١. تمييز حقوق في ١٩٨٣/٣/٢٩ مجلة نقابة المحامين ١٩٨٣ س ٣١ ع ٥ ـ ٨ رقم ٨٢/٧٦٨.

المطلب الثاني
مدى التعويض عن الضرر

٣٤٥ ـ **الفقه الغربي والفقه الاسلامي**: للبحث في الضرر الواجب التعويض عنه يتعين دراسة هذا الموضوع في الفقه الغربي والقانون المدني المصري؛ ثم في الفقه الاسلامي والقانون المدني الاردني، لأن المقابلة بين هذين الفقهين ضرورية لاكتمال بحث هذا الموضوع.

أولا ـ الضرر في الفقه الغربي
و
القانون المصري

٣٤٦ ـ **التعويض عن الضرر المباشر المتوقع**: الضرر إما أن يكون مباشراً أو غير مباشر. والضرر المباشر إما أن يكون متوقعا أو غير متوقع. والقاعدة العامة في المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية أم تقصيرية ألا تعويض عن الضرر غير المباشر، بل التعويض يكون عن الضرر المباشر فقط على اختلاف بين المسؤوليتين: ففي المسؤولية التقصيرية يتناول التعويض الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع، أما في المسؤولية العقدية فالأصل أن يكون التعويض عن الضرر المباشر المتوقع وحده، ولا يمتد إلى الضرر غير المتوقع إلا إذا كان عدم تنفيذ الالتزام راجعا إلى غش المدين أو خطئه الجسيم (م ٢٢١/٢ مدني مصري)(١).

٣٤٧ ـ **الضرر المباشر وغير المباشر**: قد يترتب على عدم تنفيذ المدين لالتزامه ضرر للدائن يعقبه ضرر ثان ثم ثالث ثم رابع وهكذا تتوالى سلسلة الأضرار فهل يسأل عن هذه الأضرار جميعاً أم يسأل عن بعضها، وكيف يتحدد هذا البعض؟

ذكرنا أن المدين لا يسأل الا عن الضرر المباشر (préjudice direct) أما الضرر غير المباشر (préjudice indirect) فلا يسأل عنه في نوعي المسؤولية المدنية.

ولكن ما هو الضرر المباشر وكيف نحدده؟ أجابت عن ذلك المادة ٢٢٠ مدني مصري في فقرتها الأولى بقولها «اذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في

---

١. يذهب الاستاذ «مازو» إلى أن المسئولية العقدية عن الضرر غير المتوقع في حالتي غش المدين أو خطئه ليست إلا عقوبة مدنية نص عليها القانون (بازو جـ٣ بند ٢٣٧٥/٣ و٢٣٧٦).

القانون فالقاضي هو الذي يقدره، و يشمل التعويض مالحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، و يعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول»، فالضرر المباشر إذن هو ما كان نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، وهذا هو المعيار الذي كان القضاء المصري يأخذ به قبل صدور القانون المدني الحالي(١) : من ذلك ما قررته محكمة الاستئناف الوطنية المصرية من أنه «اذا تلفت آلات وابور (رى) بسبب حادث حصل للقطار الذي كانت هذه الآلات مشحونة فيه، فلا تسأل المصلحة عن الضرر غير المتسبب مباشرة عن الحادث، كأن يقال أن هذا الوابور كان معداً للتركيب على بئر ارتوازية، و بسبب تلف الآلات تعذر الانتفاع بهذه البئر فتلفت زراعة صاحب البئر، وكان أيضا متعهداً بأن يروي لأصحاب الأطيان المجاورة فلم يروها بسبب هذا الحادث فطالبوه بتعويض الضرر، ثم أنه لم ينتفع أيضا بالأرض التي حفر البئر فيها و بالأرض التي أعدها لوضع الوابور... الخ».

ففي هذا المثال لا تسأل مصلحة سكة الحديد إلا عن الضرر المباشر الذي أصاب صاحب الوابور، والضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، وتتحدد النتيجة الطبيعية بما لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، وعلى ذلك يعوض صاحب الوابور عن التلف الذي أصابه لأنه كان نتيجة طبيعية لخطأ مصلحة سكة الحديد، ولم يكن في استطاعة صاحبه أن يتوقاه. أما تعذر الانتفاع بالبئر الارتوازية، وتلف الزراعة، والعجز عن ري أطيان الجيران، وعدم الانتفاع بالأرض التي حفر فيها البئر، وتلك التي أعدت لوضع الوابور، فجميعها أضرار غير مباشرة، إذ كان في مكنة صاحب الأرض أن يتوقاها بالالتجاء إلى طريق آخر للري(١).

كذلك ذهبت محكمة النقض المصرية الى أنه «اذا حمل الحكم مصلحة الآثار مسؤولية خطئها عن سحب رخصة من متجر بالآثار، وما يترتب على هذا السحب من اعتباره متجراً بغير رخصة وتحرير محضر مخالفة له، ومهاجمة منزله، وإزالة اللوحة المعلقة على محل تجارته، وقضى له بناء على ذلك بتعويض عما لحقه من هذه الاضرار، فقضاؤه صحيح قانوناً. وواضح أن كل هذه الاضرار هي اضرار مباشرة، لأن صاحب المتجر لم يكن في استطاعته تلافيها ببذل جهد معقول»(٢).

٣٤٨ ـ **الضرر المتوقع وغير المتوقع :** لا يسأل المدين في المسؤولية العقدية الا عن

---

١. استئناف وطني ٢٢ اكتوبر ١٩١٤ الشرائع، رقم ٥١/٢/ص ٢٤٧.
٢. نقض ٩ إبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٤٠ ص ٧٤.

الضرر المباشر المتوقع (prévisible) أما الضرر المباشر غير المتوقع (imprévisible) فلا يسأل عنه الا في حالتي الغش والخطأ الجسيم، والى هذا الحكم أشارت المادة ٢٢١ مدني مصري في فقرتها الثانية بقولها «ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما الا بتعو يض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد». وقد علقت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي على ذلك بقولها «و يراعى في هذا الصدد أن توقع المتعاقدين للضرر الواجب تعو يضه يجب ألا يقتصر على مصدر هذا الضرر أو سببه، بل ينبغي أن يتناول فوق ذلك مقداره أو مداه». ومعنى ذلك أن توقع المتعاقدين للضرر يجب أن يتناول سببه ومقداره وقت التعاقد، والعبرة في ذلك بما يتوقعه الشخص العادي اذا وجد في مثل ظروف المدين، أي أن المعيار في هذا الشأن معيار موضوعي لا معيار ذاتي ينظر فيه الى شخص المدين بالذات. ومن الأمثلة التي تساق في هذا الصدد ما يحصل من ضياع الحقائب أو الطرود المشحونة عن طريق السكة الحديد، فاذا كان في الحقيبة أو الطرد أشياء ثمينة، فهل تسأل السكة الحديد عن كل قيمتها؟ يمكن القول في هذه الحالة بأن سبب الضرر وهو الضياع إذا كان متوقعا، الا أن مقداره لم يكن متوقعا لأن العميل لم يكشف للسكة الحديد عن محتو يات الطرد، وعلى ذلك لا يستطيع الرجوع عليها الا بالقيمة المعقولة لطرد عادي.

٣٤٩ ــ **علة قصر التعو يض على الضرر المتوقع:** يمكن إرجاع قصر التعو يض على الضرر المتوقع في المسؤولية العقدية الى أن هذه المسؤولية تقوم على العقد، ولذا فان إرادة المتعاقدين هي التي تحدد مدى الضرر الواجب التعو يض عنه، وقد افترض المشرع المصري أن هذ الارادة قد اتجهت إلى جعل المسؤولية عن الضرر مقصورة على المقدار الذي يتوقعه المدين، و يكون هذا الافتراض بمثابة شرط اتفاق يعدل في مقدار المسؤولية (والأصل فيها التعو يض عن الضرر كاملا ولو كان غير متوقع)، وذلك بقصرها على مقدار معين هو الضرر المتوقع.

ولكن لما كان هذا الشرط يقع باطلا في حالتي غش المدين وخطئه الجسيم، فان المدين يلزم في هاتين الحالتين بالتعو يض عن كل الضرر المتوقع، لأنه يرجع الى الأصل بعد إبطال الشرط الا تفاقي الذي يعدل من مقدار المسؤولية. وهذا هو الرأي الذي يقول به الاستاذ المرحوم السنهوري. أما غيره من الشراح فيرون أن المسؤولية عن الضرر غير المتوقع ليست إلا عقو بة مدنية يجازى بها المدين في حالتي غشه أو خطئه الجسيم.

ثانياً ـ الضرر في الفقه الاسلامي
و
القانون الاردني

٣٥٠ ـ **تضييق فكرة الضرر في الفقه الاسلامي**: وضع الفقه الاسلامي للضمان الموجب للتعو يض عدة شروط الغرض منها تضييق فكرة الضرر الواجب التعو يض عنه، وهذه الشروط هي:

أولا ـ أن يكون الضرر ماديا، فلم يعرف الفقه الاسلامي مبدأ التعو يض عن الضرر الأدبي، وسند الفقهاء في ذلك أنه لما كان التعو يض لا يكون الا بالمال على أساس المعادلة، وجب أن يكون الضرر المقابل له ضرراً ماليا أي بفقد مال؛ أما غير المال فلا يقوم بالمال ولا يعوض عنه بالمال.

ثانيا ـ أن يكون المضمون مالا متقوما في ذاته، وان توجد المماثلة بينه و بين المال الذي يعطى بدلا منه. و بالتالي لا تعو يض عن أية خسارة تحملها الدائن أوعن ر بح فاته، إذا لم يكن هناك مال متقوم في ذاته ضاع على الدائن فيأخذ من المدين مثله أو قيمته، أي المثل في المثاليات والقيمة في القيميات.

و يترتب على هذا الشرط وهو أن يكون المضمون مالا متقوما في ذاته وأن توجد المماثلة بينه و بين المال الذي يعطى بدلا منه، أن الضمان يكون بقيمة ما فقد أو تلف أو بمقدار النقص في قيمته. كذلك يترتب على هذا الشرط كذلك عدم ضمان المنافع لانها أموال غير متقومة في ذاتها.

فالأصل أن المنافع ـ كسكنى الدار وركوب الحيوان وعمل الاجير ـ من قبيل الاعراض، فهي ليست مالا متقوما في ذاته حتى يجب فيه الضمان، ولا تقوم المنفعة الا بعقد كعقد الايجار، فعند ذلك تستحق الاجرة عن المنفعة، لا بحكم الضمان، بل بحكم العقد الذي قومها.

ثالثا ـ أن يكون الضرر حالا، أي أن يكون الضرر بفقد مال حدث فعلا، فلا تعو يض عن ضرر متوقع الا بعد وقوعه، ولو كان محققا، لأنه يعد معدوما، ولا يقابل المعدوم بالمال.

و يزيد في التضييق من فكرة الضرر في الفقه الاسلامي، كما يقول المرحوم الاستاذ السنهوري، قاعدتان معروفتان فيه هما: أولا ـ «الخراج بالضمان» (م ٨٥

مجلة) يعني أن من يضمن شيئا لو تلف، ينتفع به في مقابلة الضمان، من ذلك لو رد المشتري حيوانا بخيار العيب، وكان استعمله مدة، لا تلزمه أجرته، لانه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان من ماله، أي أن خسارته كانت راجعة إليه. ثانيا ـ «أن الاجر والضمان لا يجتمعان» (م ٨٦ مجلة). فاذا جاوز المستأجر المشروط بوجه يوجب الضمان، كما إذا استأجر دابة إلى محل معين، فجاوز هذا المحل وهلكت الدابة فلزمه الضمان، لم يجتمع الأجر مع الضمان فلا أجر على المستأجر(١).

٣٥١ ـ **الضرر في القانون المدني الاردني**: أخذ المشرع الاردني بفكرة التعويض عن الضرر سواء أكان ماديا أم أدبيا، فنص في الفقرة الأولى من المادة ٢٦٧ على أنه «يتناول حق الضمان الضرر الأدبي كذلك». وعلى هذا سار قضاء محكمة التمييز(٢).

غير أن المشرع الاردني قصر التعويض على الضرر الواقع فعلا، وهو ما أشارت اليه المادة ٣٦٣ بقولها «اذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون أو العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلا حين وقوعه». أي أن التعويض يكون قاصراً على الخسارة التي لحقت الدائن فعلا دون الربح الذي فاته، وهو ما أخذت به محكمة التمييز في قرارها الصادر في ١٩٨٢/٨/١٢ بما قررته من أنه «لا يجوز لأحد العاقدين فسخ العقد بارادته المنفردة الا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص في القانون عملا بالمادة ٢٤١ من القانون المدني لسنة ١٩٧٧ .

إن التضمينات التي تستحقها المدعية مقابل ما لحق بها من ضرر من جراء الفسخ المخالف للقانون هو الضرر والخسارة اللاحقة بها فعلا دون الربح الذي أضحت محرومة منه»(٣).

على ان التقدير النهائي للتعويض عن الضرر الواقع فعلا، قد لا يكون متيسراً للقاضي عند نظر الدعوى، وفي هذه الحالة يجوز للقاضي الحكم بتعويض مؤقت على أن يعاد النظر في الحكم خلال فترة معقوله يحددها القاضي، فاذا انقضى الأجل المحدد أعاد النظر فيما قضى به، وحكم للمضرور بتعويض إضافي اذا اقتضى الأمر ذلك، والى هذا الحكم أشارت المادة ٢٦٨ بقولها «إذا لم يتيسر للمحكمة أن تعين مدى الضمان تعيينا نهائيا فلها أن تحتفظ للمتضرر بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة باعادة النظر في التقدير».

---

١. المرحوم الاستاذ السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي جـ٦ ص ١٦٨ وما بعدها.
٢. تمييز حقوق في ١٩٨١/١٠/٥ مجلة نقابة المحامين ١٩٨٢ س ٣٠ ع ٤ ـ ٧ رقم ٨١/٤٨٦ ص ٤٨٤.
وتمييز حقوق في ١٩٨١/١٢/٢٢ مجلة نقابة المحامين ١٩٨٢ س ٣٠ ع ٥ ـ ٨ رقم ٨١/٦٥٦ ص ٦٤٤.
٣. تمييز حقوق في ١٩٨٢/٨/١٢ مجلة نقابة المحامين ١٩٨٢ س ٣٠ ع ٨ ـ ١٢ رقم ٨٢/٥٢٣ ص ١٥٦٥.
وانظر كذلك تمييز حقوق في ١٩٨٣/٣/٢٩ مجلة نقابة المحامين ١٩٨٣ س ٣١ ع ٥ ـ ٨ رقم ٨٢/٧٦٨.

المبحث الثالث
علاقة السببية

٣٥٢ ـ **ازدواج علاقة السببية :** ذكرنا عند دراسة ركن الخطأ أن المسؤولية العقدية لا تقوم لمجرد عدم تنفيذ الالتزام، بل يجب أن يكون عدم التنفيذ راجعا إلى خطأ المدين، أي أن تكون هناك علاقة سببية بين عدم التنفيذ والخطأ، وأن علاقة السببية هذه يفترض وجودها اذا كان التزام المدين التزاما بتحقيق نتيجة، بمعنى أنه إذا أثبت الدائن عدم تحقيق النتيجة فيفترض أن ذلك مرجعه خطأ المدين، الا اذا أثبت هذا الأخير أن عدم التنفيذ أو التأخر فيه راجع الى سبب أجنبي أي اذا اثبت انتفاء الخطأ من جانبه (١).

غير أنه بجانب علاقة السببية المتداخلة في تكو ين ركن الخطأ، توجد علاقة سببية أخرى متميزة عن الخطأ ومكونة لركن مستقل من أركان المسؤولية، وهذه هي السببية بين الخطأ والضرر، أي بين فعل المدين والضرر الذي أصاب الدائن، وهذه السببية تنتفي باثبات أن الضرر قد نتج عن سبب أجنبي لا عن خطأ المدين، ولذا فان نفي هذه السببية لا ينفي خطأ المدين، بعكس الحال فيما يتعلق بالسببية المتداخلة في تكو ين الخطأ فنفيها ينفي الخطأ.

وقد أشار المشرع الاردني للسبب الاجنبي في المادة ٢٦١ مدني بقوله «اذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماو ية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك».

٣٥٣ ـ **اثبات علاقة السببية كركن في المسؤولية :** يتعين فيما يتعلق باثبات علاقة السببية كركن في المسؤولية العقدية الرجوع الى القواعد العامة، بمعنى أنه يكون على المدعي أي على الدائن إثبات ما يدعيه من أن الضرر اللاحق به نتيجة لخطأ المدين في عدم تنفيذ التزامه، ولكن ليس معنى ذلك أن على الدائن اثبات انتفاء السبب الأجنبي، بل يكفي أن يثبت أن الضرر الذي أصابه هو نتيجة معقولة لخطأ المدين، فان

---

١. هذا هو المعنى المقصود من عبارة المادة ٢١٥ مدني مصري من أنه «إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعو يض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد له فيه، و يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه».

اثبت ذلك قامت قرينة قضائية على علاقة السببية بين خطأ المدين والضرر الذي أصاب الدائن، و يكون على المدين اذا أراد دفع المسؤولية عن نفسه أن يثبت أن الضرر يرجع الى سبب أجنبي لا يد له فيه، فمثلا في الوديعة بأجر يجب على المودع لديه أن يبذل في المحافظة على الشيء المودع عناية الرجل المعتاد (م ٨٧٣/ ١ مدني اردني)، فان تلف الشيء أو هلك وأثبت المودع أن المودع لديه لم يبذل في المحافظة على الوديعة عناية الشخص العادي، قامت قرينة قضائية على أن الضرر الواقع نتيجة لخطأ المودع لديه، و يكون على هذا الأخير لكي يتخلص من المسؤولية أن يثبت أن تقصيره في العناية لم يكن هو السبب في وقوع الضرر، بأن يثبت مثلا أن تلف الشيء راجع الى عيب فيه أو الى قوة قاهرة.

هذا وسنرجىء استيفاء موضوع علاقة السببية لحين دراسة المسؤولية التقصيرية منعا للتكرار.

الفرع الثالث
زوال الرابطة التعاقدية

٣٥٤ ـ **النص القانوني** : تنص المادة ٢٤١ من القانون المدني الاردني على أنه «اذا كان العقد صحيحاً لازماً فلا يجوز لاحد العاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي او التقاضي او بمقتضى نص في القانون». تضع هذه المادة القاعدة العامة في شأن عدم جواز استقلال أحد طرفي العقد بالمساس به بارادته المنفردة بأي وجه من الوجوه الا في الحالات التي أجاز فيها القانون ذلك، وهذا يقتضينا البحث في أسباب زوال الرابطة التعاقدية لمعرفة متى وكيف يجوز المساس بالعقد.

تزول الرابطة التعاقدية بالانقضاء (extinction) أو بالانحلال (dissolution) أو بالابطال (annulation). وقد سبق أن درسنا الابطال فلا نعود الى بحثه، وعلى ذلك نكتفي بالكلام في الانقضاء والانحلال.

٣٥٥ ـ **الانقضاء** : تزول الرابطة التعاقدية بالانقضاء بعد أن تكون قد استنفذت أغراضها كما هو الشأن في الوفاء بالالتزام التعاقدي، مع ملاحظة وجوب التفرقة هنا بين العقود الفورية وعقود المدة.

فالعقد الفوري كالبيع مثلا، سواء كان حالا أو مؤجل التنفيذ، ينقضي بتنفيذ ما يرتبه من التزامات في ذمة كل من الطرفين.

أما عقد المدة فينقضي بانقضاء المدة المحددة له، لأن المدة تعتبر ركن من أركان هذا العقد، كما هو الشأن في عقد الايجار او عقد الشركة أو عقد العمل، فكل عقد من هذه العقود ينقضي بانتهاء المدة المحددة له (م ٧٠٧/ ١ و٦٠١/ ١ و٨٢٨/ ١ مدني اردني).

٣٥٦ ـ **الانحلال** : قد ينحل العقد بعد البدء في تنفيذه أو قبل البدء في تنفيذه. والانحلال قد يكون كاملا يتناول الرابطة التعاقدية بأسرها بالنسبة إلى الماضي والمستقبل أو بالنسبة إلى المستقبل فقط، وقد يكون الانحلال جزئيا يقتصر على إعفاء المدين من بعض التزاماته.

والانحلال قد يتم باتفاق الطرفين وهذا هو التقايل (résiliation convertionelle)، أو لسبب من الاسباب التي يقررها القانون، وهذه هي : الرجوع، والانهاء بالارادة المنفردة لأحد المتعاقدين (résiliation unilaterale) والفسخ (resolution).

وسنعرض في ايجاز للرجوع والانهاء ثم نتناول بعد ذلك التقايل والفسخ.

٣٥٧ ـ **الرجوع** : قد يقرر المشرع لأحد المتعاقدين حق العدول عن العقد الصادر منه بالرجوع فيه بارادته وحدها كما هو الشأن في الهبة، إذ للواهب أن يرجع في الهبة قبل القبض دون رضا الموهوب له (م ٥٧٦/ ١ مدني اردني)، وله أن يرجع فيها بعد القبض بقبول الموهوب له (م ٥٧٦/ ٢) وفي هذه الحالة يعتبر الرجوع في الهبة إقالة.

على أن الرجوع في الهبة قد يتم بغير إقالة، ذلك أنه اذا لم يقبل الموهوب له الاقالة جاز للواهب أن يطلب من القضاء فسخ الهبة والرجوع فيها متى كان يستند الى سبب مقبول، ما لم يوجد مانع من الرجوع (م ٥٧٦/ ٢ اردني).

٣٥٨ ـ **الانهاء** : الانهاء هو تعبير عن إرادة واحدة يحل بها الرباط التعاقدي بالنسبة إلى المستقبل دون أن ينسحب أثر ذلك إلى الماضي. والانهاء بهذا المعنى لا يكون الا بالنسبة الى العقود التي حددها المشرع وأجاز فيها حل الرابطة التعاقدية بارادة منفردة، من ذلك عقد الوكالة (٨٦٣ مدني اردني)، والعارية (٧٧٦/ ١ مدني)، والوديعة (م ٨٩٢ مدني)، وغير ذلك من العقود التي نص عليها المشرع.

هذا و يلاحظ أنه في الحالات التي يكون فيها لأحد المتعاقدين إنهاء العقد، يجب عليه ألا يتعسف في استعمال هذا الحق، كاستعماله في ظروف غير مواتية للطرف الآخر، والا لزمه التعو يض.

٣٥٩ ـ **التقايل والفسخ** : كما تنشأ الرابطة التعاقدية باتفاق بين المتعاقدين، فانها

تحل كذلك باتفاق لاحق بينهما، و يسمى هذا الاتفاق بالتقايل. والتقايل يعتبر عقداً جديداً على ما سنرى.

أما الفسخ فهو انحلال الرابطة التعاقدية بأثر رجعي، وقد سبق أن رأينا عند دراسة تقسيمات العقود ان العقد الملزم للجانبين يتميز عن العقد الملزم لجانب واحد بأن للمتعاقد فيه إذا امتنع المتعاقد الآخر عن تنفيذ التزامه أن يطلب فسخ العقد، أو أن يدفع في مواجهته بالدفع بالتنفيذ.

وسنتناول فيما يلي بحث الاقالة ثم فسخ العقد، ثم انفساخ العقد وما ينبني عليه من تحمل التبعة، واخيراً الدفع بعدم التنفيذ.

المبحث الاول
الاقالة

٣٦٠ ــ **الاقالة في الفقه الغربي** : كما تنشأ الرابطة التعاقدية باتفاق بين المتعاقدين، فانها تحل كذلك باتفاق لاحق بينهما، و يسمى هذا الاتفاق بالتقايل أو الاقالة، والاقالة تعتبر عقداً جديداً يتم بايجاب وقبول صريحين أو ضمنيين، و يجب أن تكون إرادة كل من الطرفين صادرة عن ذي أهلية وخالية من العيوب، وأن تتم بنفس الشكل الذي أنشأ العقد الذي حصلت الاقالة منه، بأن كان عقداً شكلياً أو عينياً.

والأصل في الاقالة أن تتم بارادتين، ولكن من الجائز أن تتم بارادة منفردة من أحد المتعاقدين، بشرط أن يكون متفقاً على ذلك بينهما، سواء تم هذا الاتفاق عند الاقالة ذاتها أو في وقت سابق على صدورها، كما لو اتفق في عقد من عقود المدة على أن لكل من الطرفين الحق في الغائه بالاعلان يرسله إلى الطرف الآخر قبل أنتهاء المدة المنصوص عليها في العقد، بشرط أن يسبق الانهاء مهلة معقولة.

والاقالة ليس لها أثر رجعي، بمعنى أن ما تم تنفيذه من آثار العقد لا يرجع فيه بطريق الاستناد، وعلى ذلك إذ تقايل البائع والمشتري، فان ملكية المبيع التي كانت قد انتقلت الى المشتري بموجب عقد البيع لا تزول عنه بأثر رجعي، ولكنها ترجع إلى البائع بعقد جديد هو الاقالة، مما يترتب عليه أن يعود المبيع الى البائع مثقلا بالحقوق العينية التي قررها عليه المشتري كحق الرهن أو الارتفاق مثلا. كما يثبت للشفيع حق جديد في الشفعة بالاقالة اذا كان قد تراخى في الأخذ بها في البيع الأصلي.

وإذا كان الأصل أن ليس للاقالة أثر رجعي، الا أن للمتعاقدين أن يتفقا عند الاقالة على أن يكون لها أثر رجعي بشرط عدم المساس بحقوق الغير كالدائن المرتهن

مثلا، كما أن لدائن المدين الطعن فيها بالدعوى البوليصية أي بدعوى عدم نفاذ التصرف، اذا تمت غشاً للاضرار بحقوقهم.

وطبيعي أن عقود المدة كالايجار لا ينصرف اليها الأثر الرجعي، لأن المدة ركن فيها، وما مضى منها لا يمكن أن يعود.

٣٦١ ـ **الاقالة في الفقه الاسلامي والقانون الاردني**: تنعقد الاقالة في الفقه الاسلامي بالايجاب من أحد الطرفين والقبول من الطرف الآخر. ولا خلاف في أنها تنعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي؛ كذلك تنعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن الحاضر والآخر عن المستقبل كما في الزواج، وذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف، أما عند محمد فلا تنعقد الاقالة إلا بلفظين يعبر بهما عن الماضي كما في البيع عند انشائه. والمعتمد هو قول ابي حنيفة وابي يوسف.

وقد تناول المشرع الاردني أحكام الاقالة كما جاءت في الفقه الاسلامي في المواد ٢٤٢ إلى ٢٤٤ مدني. وتنص المادة ٢٤٢ على حق المتعاقدين في الاقالة بما تقرره من أن «للعاقدين أن يتقايلا العقد برضاهما بعد انعقاده».

٣٦٢ ـ **شروط صحة الاقالة**: تنص المادة ٢٤٤ من القانون المدني الاردني على أنه «تتم الاقالة بالايجاب والقبول في المجلس و بالتعاطي بشرط أن يكون المعقود عليه قائما وموجوداً في يد العاقد وقت الاقالة، ولو تلف بعضه صحت الاقالة في الباقي بقدر حصته من العوض».

وظاهر من هذه المادة أنه يشترط لصحة الاقالة ما يأتي:

أولا ـ سلامة الرضا من العيوب، بمعنى أن رضا المتعاقدين يجب أن يكون خاليا مما يفسده كالاكراه.

ثانياً ـ المجلس، ذلك أن الاقالة عقد فيشترط لها المجلس كما يشترط لغيرها من العقود.

ثالثاً ـ تقابض بدلي الصرف في الاقالة من الصرف.

رابعاً ـ قيام المبيع وقت الاقالة، فان كان هالكا وقت الاقالة لم تصح، أما قيام الثمن وقت الاقالة فليس بشرط، ذلك أن المعقود عليه في البيع هو المبيع لا الثمن، لان المبيع هو المعين، فان هلك لم يبق محل حكم البيع فلا يبقى حكمه.

وهلاك المبيع بعد الاقالة وقبل القبض يوجب بطلان الاقالة، وهو نفس الحكم في حالة هلاك المبيع بعد البيع وقبل القبض.

واذا وردت الاقالة على عقد معاوضة، أي لو تبايع المتعاقدان عينا بعين، وقبض

كل منهما العوض، ثم هلكت إحداهما في يد مشتريها، صحت الاقالة، وعلى مشتري الهالك رد مثله أو قيمته و يسترد العين القائمة.

واذا كان العقد بيعاً وهلك بعض المبيع صحت الاقالة في الباقي بقدر حصته من الثمن.

خامساً ــ أن يكون المبيع بمحل الفسخ بسائر أسباب الفسخ كالرد بخيار الشرط والرؤية والعيب عند أبي حنيفة وزفر، فان لم يكن بأن ازداد زيادة تمنع الفسخ بهذه الأسباب لا تصح الاقالة عندهما (١).

٣٦٣ ــ **طبيعة الاقالة :** تنص المادة ٢٤٣ من القانون المدني الاردني على أن «الاقالة في حق العاقدين فسخ. وفي حق الغير عقد جديد». تتناول هذه المادة كما هو ظاهر تحديد طبيعة الاقالة، وتحديد طبيعة الاقالة في البيع كانت محلا للخلاف في الفقه الحنفي، فتعددت الآراء في شأنها، وقد اعتمد المشرع الأردني التكييف القانوني الذي أعطاه أبو حنيفة للاقالة من أنها فسخ في حق العاقدين، و بيع جديد في حق ثالث سواء قبل القبض أو بعده، وذلك نزولا على الواقع بين الطرفين من ناحية وحماية للغير من ناحية أخرى.

فباعتبارها فسخ في حق المتعاقدين يتعين إعادة كل منهما الى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد، وعلى ذلك إذا تقايل المتعاقدان ولم يسميا الثمن الأول - أو سميا زيادة على الثمن الأول، أو انقصا من الثمن الأول، أو سميا جنسا آخر سوى الجنس الأول قل أو كثر، أو أجلا الثمن الأول، فان الإقالة تكون على الثمن الأول لأنها فسخ في حق المتعاقدين عند أبي حنيفة والقانون الأردني، والفسخ رفع العقد، والعقد تم بالثمن الأول فيكون فسخه بالثمن الأول ضرورة، وتبطل تسمية الزيادة والنقصان والجنس الآخر والأجل، وتبقى الاقالة صحيحة لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة، بخلاف البيع فالشرط الفاسد يؤثر به لأنه يمكن الربا فيه، والاقالة رفع البيع فلا يتصور تمكن الربا فيه (٢).

والاقالة باعتبارها بيع جديد في حق الغير فانها لا يمكن أن تضر بحقوقه، من ذلك أن ما يقرره المشتري على المبيع قبل الاقالة من حقوق للغير كالرهن يبقى قائما لأنه صدر ممن يملكه من ناحية الولاية ومن ناحية المحل؛ والشفعة تظل ثابته للشفيع اذا فاته الأخذ بها في البيع الأصلي.

---

١. عند أبي يوسف ومحمد هذا ليس بشرط. المرحوم الاستاذ السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي جـ٦ ص ٢٤٩.

٢. المرحوم الاستاذ السنهوري، المرجع السابق ص ٢٥١ وما بعدها، المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني جـ١ ص ٢٤٣.

المبحث الثاني
الفسخ

٣٦٤ ـ **أساس نظرية الفسخ ونشأتها:** لا ترجع نظرية الفسخ إلى القانون الروماني، لأن هذا القانون لم يعرف فكرة السبب التي تبنى عليها تقابل الالتزامات في العقود التبادلية. وعلى هذا النحو يجب الرجوع فيما يتعلق بأصل نظرية الفسخ إلى القانون الكنسي، لأن شراح هذا القانون هم أصحاب مبدأ وجوب احترام العقد المقطوع، وقد قرروا كجزاء لهذا المبدأ أن للعاقد الذي نفذ التزامه الحق في أن يطلب من القاضي أن يحله من العقد إذا امتنع العاقد الآخر عن الوفاء بما تعهد به. وعن القانون الكنسي أخذ فقهاء القانون الفرنسي القديم بنظرية الفسخ، خصوصا بعد إن استقرت نظرية السبب ووضحت فكرة الالتزامات في العقود التبادلية، وعن فقهاء القانون الفرنسي القديم أخذ واضعوا القانون الفرنسي الحالي نظرية الفسخ.

هذا عن نشأة النظرية في الفقه الغربي، أما فيما يتعلق بأساسها فلا يزال الفقه والقضاء يميلان إلى ردها إلى نظرية السبب في العقود التبادلية على النحو الذي سبق أن ذكرناه عند دراسة النظرية الأخيرة.

٣٦٥ ـ **نظرية الفسخ في الفقه الاسلامي:** لم يربط الفقه الاسلامي بين الالتزامات المتقابلة في العقود التبادلية أي العقود الملزمة للجانبين كما فعل الفقه الغربي، الذي جعل من هذا الارتباط الأساس الذي تقوم عليه نظرية الفسخ؛ بل إن كل التزام في الفقه الاسلامي مستقل عن الالتزام الذي يقابله، ففي البيع مثلا التزام المشتري بدفع الثمن، وهو الالتزام الذي يقابل التزام البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه وضمانه، لا يرتبط بهذا الالتزام المقابل، ولذلك نجد أن القاعدة في الفقه الاسلامي ألا يطالب الدائن بفسخ العقد في حالة إخلال المدين بالتزامه، بل يطالب بتنفيذ العقد؛ فالعقود الملزمة للجانبين اللازمة بطبيعتها والخالية من الخيارات كخيار الشرط مثلا، الأصل فيها أنه إذا تخلف المدين عن تنفيذ التزامه، فليس للدائن أن يتحلل من التزامه المقابل بطلب فسخ العقد، بل كل ما يمكنه عمله في العقد الصحيح اللازم، هو أن يطالب المدين بالوفاء بالتزامه، على أن يقوم هو من جهته بالوفاء بما تعهد به، ففي البيع مثلا إذا لم يوف المشتري بالتزامه بسداد الثمن عند استحقاقه ليس للبائع المطالبة بفسخ البيع، بل يظل هذا العقد قائماً بما يرتبه من ملكية المشتري للمبيع، ولا يكون أمام البائع من خيار إلا المطالبة بالثمن وإجبار المشتري على الوفاء به وفقا للقواعد المقررة في الفقه الاسلامي في شأن أداء الديون.

واذا كانت القاعدة في الفقه الاسلامي هي عدم جواز الفسخ في العقود التبادلية، الا أن هذا الفقه أجاز مع ذلك فسخ العقد في بعض الحالات اذا تعذر على أحد العاقدين الوفاء بالتزامه إما لهلاك المحل (أو كونه في حكم الهالك) أو لفوات المنفعة المقصودة منه، من ذلك أنه اذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يتسلمه المشتري، جاز لهذا الأخير فسخ البيع لانعدام المحل، وكذلك اذا استحق المبيع للغير أو ظهر فيه عيب يوجب الضمان (١).

وقد ترتب على عدم وجود نظرية عامة للفسخ في الفقه الاسلامي أن لجأ المشرع الاردني إلى الاستعانة بالفقه الغربي في تأصيل هذه النظرية، وهو منحنى طبيعي يتفق وأحكام القانون المدني الاردني في نظرية السبب.

المطلب الأول
شروط الفسخ

٣٦٦ ـ **النص القانوني** : تنص المادة ٢٤٦ من القانون المدني الأردني على أنه «١ ـ في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد اعذاره المدين إن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخة. ٢ ـ و يجوز للمحكمة أن تلزم المدين بالتنفيذ للحال أو تنظره الى أجل مسمى ولها أن تقضي بالفسخ و بالتعو يض في كل حال إن كان له مقتضى» (٢).

ظاهر من هذا النص أنه يشترط لوقوع الفسخ توافر شروط ثلاثة :

اولا ـ أن يكون العقد المراد فسخه من العقود التبادلية.

ثانياً ـ ألا يكون طالب الفسخ مقصراً في تنفيذ التزامه، وأن يكون قادراً على إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد لأن للفسخ أثر رجعي كما سنرى.

ثالثاً ـ أن يكون الطرف الآخر في العقد قد تخلف عن تنفيذ التزامه.

٣٦٧ ـ **الشرط الأول ـ أن يكون العقد من العقود التبادلية** : ترجع نظرية الفسخ الى فكرة سبب الالتزام في العقود التبادلية أي في العقود الملزمة للجانبين، لأنه

١. راجع المرحوم الاستاذ السنهوري، المرجع السابق، جـ٦ ص ٢١٦ وما بعدها.

٢. تقابل المادة ١٥٧ من التقنين المدني المصري.

راجع هذا الموضوع : «كابيتان» في السبب ـ «شفربيه» من باريس سنة ١٩٢٩ ـ «كنستانتنسكو» رسالة من باريس سنة ١٩٣٩.

الاستاذ حسين عامر في الغاء العقد بند ٣٦٠ إلى ٣٧١.

في هذه العقود ترتبط الالتزامات المتقابلة ارتباطا لا يتصور معه قيام أحدها دون قيام الالتزام المقابل. والعلة في هذا الارتباط أن كل طرف في العقد التبادلي جعل من الالتزام المقابل غرضاً أي سبباً لالتزامه، وهذا السبب لا يكون في وجود الالتزام المقابل بقدر ما يكون في تنفيذ هذا الالتزام، وعلى ذلك اذا لم ينفذ أحد الطرفين التزامه جاز للطرف الآخر إما طلب التنفيذ للحصول على مقابل التزامه، وإما طلب الفسخ لاعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد.

والفسخ على النحو السابق يرد على كافة العقود التبادلية حتى ما كان منها من قبيل العقود الاحتمالية كعقد الايراد المرتب مدى الحياة (م ٩١٨ مدني اردني).

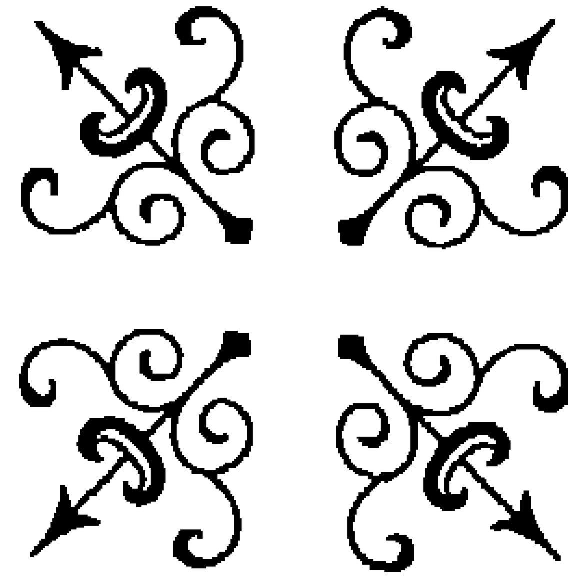
والفسخ اذا كان يرد على جميع العقود التبادلية الا أنه لا يرد على غيرها من العقود، واذا كان من شراح القانون من يرى جواز الفسخ في العقود الملزمة لجانب واحد أذا كانت بمقابل كالقرض والعارية، الا أن جواز فسخ هذه العقود راجع إلى أنها في حقيقتها عقود تبادلية، ولذا فلا خروج على قاعدة اقتصار الفسخ على العقود التبادلية.

٣٦٨ ـ الشرط الثاني ـ ألا يكون طالب الفسخ مقصراً في تنفيذ التزامه وأن يكون قادراً على إعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد : يشترط في العاقد الذي يطالب بفسخ العقد ألا يكون مقصراً في تنفيذ التزامه، بأن يكون قد وفى به أو بالأقل مستعداً للوفاء به، لأن الفسخ جزاء عدم تنفيذ العقد فلا يطالب به الا من انتفى التقصير من جانبه، ولمحكمة الموضوع سلطة تقدير هذا الأمر.

كذلك يشترط في طالب الفسخ أن يكون قادراً على إعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد، لأن للفسخ كما سنرى أثر رجعي يرد به كل متعاقد إلى وضعه السابق على التعاقد، فان لم يكن في وسع العاقد تحقيق هذا الأثر امتنع عليه المطالبة بالفسخ؛ فمثلا لا يجوز للمشتري طلب فسخ البيع الصادر له اذا كان قد سبق له التصرف في المبيع بالبيع لشخص آخر، لأن التزامه بضمان التعرض والاستحقاق نحو هذا الأخير يمنعه من استرداد المبيع من تحت يده ليرده إلى من اشتراه منه.

٣٦٩ ـ الشرط الثالث ـ أن يكون أحد العاقدين قد تخلف عن تنفيذ التزامه : يشترط أخيراً لطلب الفسخ أن يكون عدم تنفيذ الالتزام راجعا الى فعل المدين، لأن الفسخ كما سبق أن ذكرنا جزاء لاخلال العاقد بالتزامه، وعلى ذلك اذا كان عدم التنفيذ ليس راجعا الى فعل المدين بل راجعا الى سبب أجنبي كقوة قاهرة، فلا نكون أمام فسخ للعقد بل أمام انفساخ له.

ولكن لا يشترط لطلب الفسخ أن يكون المدين قد قصر في الوفاء بجميع التزاماته، بل للدائن طلب الفسخ ولو كان عدم التنفيذ جزئياً، فمثلا اذا امتنع البائع عن تسليم ملحقات المبيع كان للمشتري طلب فسخ البيع وإن كان قد تسلم المبيع نفسه، غاية الأمر أن للمحكمة أن ترفض الحكم بالفسخ إذا كانت الملحقات التي لم يسلمها البائع قليلة الأهمية بحيث أن تخلفها ما كان يمنع المشتري من إتمام الصفقة.



المطلب الثاني
كيفية تقرير الفسخ

٣٧٠ ـ الفسخ القضائي والفسخ الاتفاقي: الأصل في الفسخ أن يكون قضائيا أي لا يقع الا اذا قضت به المحكمة، غير أنه يجوز للمتعاقدين الاتفاق على وقوع الفسخ اذا أخل أحدهما بتنفيذ التزاماته، وعلى ذلك سنتناول بالبحث أولا الفسخ القضائي ثم الفسخ الاتفاقي.

أولا ـ الفسخ القضائي

٣٧١ ـ **كيف يتقرر الفسخ القضائي:** يخلص من نص المادة ١/٢٤٦ مدني أردني أنه يتعين على طالب الفسخ ان يكون قد أعذر المدين، وأن للقاضي سلطة تقديرية فيما يتعلق بالـ كم بالفسخ، وسندرس فيما يلي هذين الأمرين:

٣٧٢ ـ **إعذار المدين:** لا يجوز للدائن أن يطالب بفسخ العقد الا بعد إعذار المدين، وفائدة الاعذار هو إثبات تقصير المدين في الوفاء بالتزامه مما قد يحمل القاضي على الاستجابة الى طلب الفسخ.

على أن المشرع قد يقيل الدائن من واجب الاعذار قبل المطالبة بالفسخ في حالات معينة، من ذلك ما نصت عليه المادة ٣٦٢ من القانون المدني الاردني(١) من أنه لا ضرورة للاعذار اذا اصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين (كما لو كان التزاما بامتناع عن عمل شيء وخالفه المدين)، أو اذا كان المدين قد صرح كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه. واذا كان حكم المادة ٣٦٢ قد ورد في شأن استحقاق الضمان الا أنه ينصرف كذلك الى الفسخ وإعفاء الدائن من إعذار المدين قبل طلبه في مثل هذه الحالات.

٣٧٣ ـ **سلطة القاضي في دعوى الفسخ:** تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ مدني أردني على أنه «و يجوز للمحكمة أن تلزم المدين بالتنفيذ للحال أو تنظره الى أجل مسمى ولها أن تقضي بالفسخ و بالتعو يض في كل حال إن كان له مقتضى». كما تقضي الفقرة الثانية من المادة ٣٣٤ «على أنه يجوز للمحكمة في حالات استثنائية اذا لم يمنعها نص في القانون أن تنظر المدين الى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم»(٢).

ظاهر من المادتين سالفتي الذكر أن القاضي ليس ملزما باجابة طالب الفسخ الى طلبه، بل الأمر راجع الى سلطته التقديرية، فقد يرى عدم الفسخ لأن ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى جملة الالتزام، وقد يرى القاضي عدم فسخ العقد لعدم تعمد المدين الاخلال بالتزامه، أو لأن الوفاء بالالتزام من جانب المدين يقتضي تعاوناً من جانب الدائن ولم يقم به هذا الأخير.

---

١. تطابق المادة ٢٢٠ من القانون المدني المصري.

٢. تطابق المادة ٣٤٦ من التقنين المدني المصري.

وقد يرى القاضي إمهال المدين للوفاء بالتزامه اذا لم يكن في ذلك ضرر جسيم للدائن، ولا يمنع القاضي من إمهال المدين سبق حصول الاعذار من الدائن قبل رفع دعوى الفسخ، على أنه إذا انقضت هذه المهلة دون أن ينفذ المدين التزامه فلا يجوز للقاضي إمهاله مرة ثانية. وإذا لم يكن القاضي قد نص في حكمه على اعتبار العقد مفسوخاً بانقضاء هذه المهلة في حالة تخلف المدين عن تنفيذ التزامه، فلا يمنع ذلك الدائن من اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه والصدور في تصرفاته على هذا الأساس.

وقد يرى القاضي عدم إمهال المدين والقضاء بفسخ العقد، كما لو كان التزام المدين التزاما بامتناع عن عمل وخالفه المدين، وفي هذه الحالة قد يحكم بتعويضات تكميلية لتعويض الدائن عن الضرر الذي أصابه من تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه، ويكون أساس التعويض في هذه الحالة المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية، لأن العقد بعد أن يفسخ لا يصلح كأساس للتعويض؛ وبهذا قضت محكمة التمييز بقولها «إن العقد بعد الفسخ بحكم قطعي لم يعد له وجود وبالتالي فلا يجوز الاستناد إليه في المطالبة بالتعويض الناتج عن عدم تنفيذ شروطه» (١).

٣٧٤ ـ **حق الدائن في العدول عن الفسخ وحق المدين في اتقاء الحكم به:** لا يتقيد الدائن بدعوى الفسخ التي رفعها، بل له أن يعدل قبل الحكم عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ، كما أن له إذا طلب التنفيذ في أول الأمر أن يعدل عنه الى طلب الفسخ، كل هذا ما لم يكن قد نزل عن أحد الطلبين، ولا يعتبر مجرد رفع الدعوى بطلب منهما نزولا عن الطلب الآخر.

كذلك للمدين الى أن يصدر الحكم النهائي بالفسخ، الحق في توقي الفسخ بتنفيذ التزامه، ولا يتبقى في هذه الحالة إلا بحث ما اذا كان هناك محل للحكم عليه بالتعويض نتيجة لتأخره في التنفيذ. وعلى كل حال يلتزم المدين بمصاريف التقاضي إلى حين حصول التنفيذ.

---

١. راجع تمييز حقوق في ١٢/١/١٩٨٣ مجلة نقابة المحامين ١٩٨٣ س ٣١ ع ١ ـ ٤ رقم ٨٣/١٤ ص ٤٤٠.

ثانيا ـ الفسخ الاتفاقي

٣٧٥ ـ **النص القانوني :** تنص المادة ٢٤٥ من القانون المدني الأردني على أنه «يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الافاق لا يعفى من الاعذار، إلا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء منه»(١)

٣٧٦ ـ **الفرق بين الشرط الفاسخ الضمني والشرط الفاسخ الصريح :** تتناول المادة ٢٤٥ مدني أردني حكم الشرط الفاسخ الصريح الذي قد يتفق عليه المتعاقدان في العقد نفسه أو في اتفاق لاحق، وشرط الفسخ لا يعتبر صريحا في حكم هذه المادة الا اذا كان يفيد انفساخ العقد من تلقاء نفسه بمجرد تخلف أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه؛ وعلى ذلك لا يعتبر شرطا صريحا بالفسخ ما يرد عادة في بعض العقود كالبيع من تعهد المشتري بدفع الثمن أو الباقي منه في ميعاد معين والا كان العقد مفسوخا، لأن مثل هذا الاتفاق يعتبر في الواقع ترديداً للشرط الفاسخ الضمني الذي تستند إليه دعوى الفسخ المنصوص عليها في المادة ٢٤٦ مدني سالفة الذكر.

والشرط الفاسخ الصريح يختلف عن الشرط الفاسخ الضمني في أنه يؤدي الى حرمان القاضي من سلطته التقديرية، فلا يستطيع إمهال المدين المتخلف عن تنفيذ التزامه، ولا يملك إلا الحكم بالفسخ. كذلك يؤدي هذا الشرط الى حرمان المدين من تفادي وقوع الفسخ بغرض تنفيذ الالتزام بعد رفع الدعوى، أما الدائن فبالخيار بين التمسك بوقوع الفسخ و بين طلب التنفيذ.

وقد يتدرج الشرط الفاسخ الصريح من حيث أثره وقوته فلا يكتفي المتعاقدان بالنص على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه إذا تخلف أحدهما عن الوفاء بالتزامه، وهو ما يحرم القاضي من سلطته التقديرية والمدين من حق توقي الفسخ كما سبق أن ذكرنا. بل يضيفان الى ذلك أن الفسخ يقع بدون حاجة إلى حكم، وفي هذه الحالة يقتصر عمل القاضي اذا رفعت اليه الدعوى على التثبت من وقوع الفسخ بتحقق شروطه، ولذا لا يعتبر الحكم الصادر منه منشئا للفسخ ـ كما هو الشأن في الفسخ القضائي ـ بل مقرراً له.

على أن شرط وقوع الفسخ دون حاجة الى حكم لا يقيل الدائن من واجب إعذار المدين الا اذا اتفق على ذلك صراحة، بأن ينص في العقد مثلا على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم أو أعذار، وفي هذه الحالة يعتبر العقد

---

١. تطابق المادة ١٥٨ من التقنين المدني المصري.

مفسوخا اذا أظهر الدائن رغبته في ذلك بمجرد حلول ميعاد تنفيذ الالتزام وتخلف المدين عن أدائه، وذلك دون حاجة الى اعذاره أو الى رفع دعوى بالفسخ، وإذا عرض الأمر على القاضي اقتصرت مهمته كما سبق أن رأينا على تقرير وقوع الفسخ بعد التثبت من تحقق شروطه.

المطلب الثالث
آثار فسخ العقد

٣٧٧ ـ **النص القانوني :** تنص المادة ٢٤٨ من القانون المدني الاردني على أنه «اذا انفسخ العقد أو فسخ اعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فاذا استحال ذلك يحكم بالتعويض»(١). ظاهر من هذا النص أنه يترتب على الفسخ سواء كان قضائيا أم اتفاقيا أم قانونيا، انحلال العقد لا من وقت الفسخ فحسب، من وقت التعاقد أيضا، أي أن أثر الفسخ بالنسبة للعقود الفورية لا يقتصر على المستقبل بل ينصرف كذلك إلى الماضي، فيعتبر العقد كأن لم يكن فيما بين المتعاقدين وبالنسبة الى الغير.

وسنتناول في معالجة أثر الفسخ بيان هذه الآثار فيما بين المتعاقدين ثم بالنسبة للغير.

٣٧٨ ـ **آثار الفسخ فيما بين المتعاقدين :** يترتب على فسخ العقد اعتباره كأن لم يكن، ولذا يجب إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، بأن يرد كل منهما ما تسلمه بموجب العقد، فان استحال ذلك حكم على الطرف ـ وهو فرضا من صدر ضده حكم الفسخ ـ بالتعويض. فاذا كان العقد بيعا مثلا وفسخ، وجب إعمالا للأثر الرجعي للفسخ ترتيب النتائج الآتية :

أولا ـ يلتزم المشتري برد المبيع الى البائع دون أن يكون له المطالبة بالتعويض عن الزيادة الحاصلة في المبيع بدون فعله، كما لو زادت قيمة المبيع بسبب ارتفاع الاسعار أو بسبب الزيادة في مقداره بالالتصاق الطبيعي كطمي النهر مثلا (م ١١٣١ مدني اردني). وفي مقابل رد المبيع يلتزم البائع برد أقساط الثمن المدفوعة إلى المشتري.

ثانيا ـ يتعين على المشتري تعويض البائع عن التلف الحادث للمبيع بتقصيره أو

---

١. تطابق المادة ١٦٠ من التقنين المدني المصري.

بفعله سواء استفاد من التلف، كما لو كان المبيع منزلا فهدمه وباع انقاضه أم لم يستفد منه.

أما التلف الحادث بفعل القوة القاهرة فلا يسأل عنه إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة، كما لو استعمل أنقاض المنزل المبيع في بناء منزل آخر؛ هذا مع ملاحظة أنه من الصعوبة بمكان تصور أن البائع يبقى على طلب الفسخ بعد أن يعلم بهلاك المبيع بسبب أجنبي، إذ من الأفضل له في هذه الحالة أن يعدل عن طلب الفسخ وأن يطالب بدفع الثمن حتى يحمل المشتري تبعة الهلاك.

وفي مقابل مسؤولية المشتري عن التلف الحاصل بتقصيره يلتزم البائع بتعويض المشتري عن المصاريف الضرورية التي انفقها على المبيع لأنها صرفت للمحافظة عليه؛ أما المصاريف الكمالية فلا يلزم بها، ولذا يجوز للمشتري أن ينزعها مع إعادة المبيع الى حالته الأولى، وفي القانون المصري يجوز للبائع أن يستبقيها مع دفع قيمتها مستحقة الازالة (م ٩٨٠/٣ مدني مصري).

أما المصاريف النافعة فتطبق في شأنها أحكام المادة ١١٤٠ مدني اردني (تقابل المادة ٩٢٤ مدني مصري) الخاصة باقامة منشآت في أرض الغير بسوء نية اذا كان الفسخ صادراً ضد المشتري، أو أحكام المادة ١١٤١ مدني اردني (تقابل المادة ٩٢٥ مدني مصري) الخاصة بالبناء في أرض الغير بحسن نية إذا كان الفسخ صادراً لمصلحته.

ثالثا ــ يجب على المشتري في القانون المصري ان يرد الى البائع ثمار المبيع سواء كانت طبيعية أم صناعية أم مدنية، وفي مقابل ذلك يلتزم البائع في هذا القانون برد الفوائد القانونية للجزء المدفوع من الثمن، كل ذلك من وقت المطالبة القضائية عملا بالقواعد العامة(١).

أما في القانون المدني الاردني فلا يجوز إعمال الحكم السابق، لأنه ليس للمشتري المطالبة بفوائد لما دفعه من الثمن، ولا محل بالمقابل لالزامه برد غلة المبيع.

٣٧٩ ــ **أثر الفسخ بالنسبة الى عقود المدة:** رأينا أن أثر الفسخ بالنسبة الى العقود الفورية لا يقتصر على المستقبل بل ينصرف كذلك إلى الماضي؛ أما بالنسبة الى عقود المدة كالايجار، فليس لفسخها أثر رجعي، بمعنى أن ما ترتب من آثار على هذه العقود قبل الفسخ يظل قائما، ولذا تكون الأجرة المستحقة عن المدة السابقة على الفسخ لها صفة الأجرة لا التعويض.

---

(١) راجع في هذا الموضوع مؤلفنا الموجز في النظرية العامه للالتزام طبعة ١٩٨٣ بند ٣٣٢.

وقد اختلف الشراح في تعليل انعدام الأثر الرجعي بالنسبة الى عقود المدة، ومن رأي فريق منهم أن عقد المدة يعتبر الزمن ركن فيه، بمعنى أنه لا يتصور أن يوجد هذا العقد الا مقترناً بأجل منه، وعلى ذلك يقتصر عمل القاضي عند فسخ مثل هذا العقد في حالة عدم وفاء أحد المتعاقدين بالتزامه، على تعجيل الأجل المنهي الذي يحل في هذه الحالة قبل الميعاد المتفق عليه، ولذا يرون أن عقد المدة لا يرد عليها الفسخ بل الانهاء.

٣٨٠ ـ **آثار الفسخ بالنسبة إلى الغير**: لا يترتب على الفسخ محو آثار العقد فيما بين المتعاقدين فقط، بل بالنسبة الى الغير أيضا. ففي البيع مثلا يعتبر المشتري بفعل الأثر الرجعي للفسخ كأن لم يكن مالكاً أبداً للمبيع، وعلى ذلك فالاصل أن يعود المبيع الى البائع خاليا من الحقوق التي رتبها المشتري عليه.

والغير لا ترفع عليه دعوى الفسخ لأنه لم يكن طرفا في العقد، بل ترفع عليه دعوى الاسترداد. والغالب اذا كان طالب الفسخ هو البائع أن يدخل الغير في نفس الدعوى المرفوعة على المشتري. وقد يقال أن دعوى البائع ضد الغير لا تقبل طالما أن العقد لم يفسخ بعد، ولكن هذا الاعتراض مردود، لأن أثر الفسخ ينسحب الى الماضي فيعتبر البائع مالكا من وقت رفع دعوى الاسترداد على الغير.

واذا كانت القاعدة كما ذكرنا، هي سقوط جميع الحقوق التي رتبها المشتري للغير على المبيع بفعل الأثر الرجعي للفسخ، إلا أنه استثناء قد تبقى هذه الحقوق ولا تتأثر بالفسخ؛ فمثلا إذا كان الغير الذي قرر له المشتري حقا عينيا على المبيع حسن النية وشهر حقه وفقا للقانون كالدائن المرتهن مثلا فان المبيع يعود الى البائع محملا بالرهن، وهو ما يستفاد من المادة ١٣٤٥ مدني اردني في شأن الرهن التأميني(١).

كذلك إذا كان الغير قد كسب حقا بموجب عقد من عقود الادارة كالايجار، لأن المشتري باعتباره مالكاً تحت شرط فاسخ له حق الادارة وهو في إدارته يعتبر نائباً عن البائع.

٣٨١ ـ **سقوط حق الفسخ**: يسقط حق الفسخ وفقا للقواعد العامة بتنازل العاقد عنه صراحة أو ضمنا، و يعتبر من قبيل تنازل البائع ضمنا عن حقه في طلب الفسخ التنفيذ على المبيع لاستيفاء الثمن، أو موافقته على تصرف المشتري في المبيع بالبيع، كما لو صدق على البيع أو شهد عليه.

كذلك لا تسمع دعوى الفسخ بانقضاء خمس عشرة سنة على ثبوت الحق فيه، والحق في الفسخ يثبت من وقت حلول الوفاء بالالتزام الذي ترتب على الاخلال به رفع دعوى الفسخ.

المبحث الثالث
انفساخ العقد وتحمل التبعة

٣٨٢ ـ **النصوص القانونية :** تنص المادة ٢٤٧ من القانون المدني الاردني على أنه «في العقود الملزمة للجانبين اذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا انقضى معه الالتزام المقابل له وانفسخ العقد من تلقاء نفسه، فاذا كانت الاستحالة جزئية انقضى ما يقابل الجزء المستحيل، ومثل الاستحالة الجزئية الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة، وفي كليهما يجوز للدائن فسخ العقد بشرط علم المدين» (١).

وتنص المادة ٤٤٨ من هذا القانون على أنه «ينقضي الالتزام اذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه» (٢).

ظاهر من هاتين المادتين أن أحكامهما تثير مسألتين : الأولى هي مسألة انفساخ العقد بقوة القانون (de plein droit)، والثانية مسألة تحمل التبعة (question des risques).

٣٨٣ ـ **انفساخ العقد :** سبق أن ذكرنا عند دراسة نظرية السبب، أنه في العقود التبادلية يشترط توافر سبب الالتزام وقت انعقاد العقد ووقت تنفيذه. وسبب التزام كل متعاقد في العقد التبادلي هو التزام المتعاقد الآخر، فاذا تخلف التزام أحد المتعاقدين وقت الانعقاد فمعنى ذلك عدم وجود السبب و بطلان العقد، أما إذا تخلف التزامه وقت التنفيذ فلا يبطل العقد بل يفسخ اذا كان تخلف الالتزام أي استحالة تنفيذه راجعة إلى خطئه، و ينفسخ بقوة القانون اذا كانت الاستحالة راجعة الى سبب أجنبي لا يد لهذا المتعاقد فيه.

٣٨٤ ـ **الفرق بين انفساخ العقد وفسخه :** يختلف انفساخ العقد عن فسخه في أنه لا محل لاعذار المدين، لأن الاعذار لا يتطلب الا اذا كان التنفيذ ممكنا، على حين أن الالتزام بحسب الفرض قد استحال تنفيذه.

كذلك لا وجه للرجوع على المدين بالتعو يض لأن استحالة التنفيذ ليست راجعة الى خطئه بل الى سبب أجنبي.

وأخيراً لا داعي للالتجاء الى القضاء لأن الانفساخ يقع بقوة القانون، واذا رفع الأمر الى القضاء لمنازعة الدائن في انفساخ العقد، اقتصر عمل القاضي على الاستيثاق

---

١. تقابل المادة ١٥٩ من التقنين المدني المصري.
٢. تطابق المادة ٣٧٣ من التقنين المدني المصري

من أن تنفيذ التزام المدين قد استحال لسبب أجنبي.

٣٨٥ ـ **الاستحالة الجزئية :** قد يترتب على القوة القاهرة أو السبب الاجنبي ليس استحالة تنفيذ كل الالتزام بل استحالة تنفيذ بعضه، وفي هذه الحالة أي في حالة الاستحالة الجزئية، كهلاك بعض المبيع في يد البائع قبل تسليمه للمشتري، يخير هذا الأخير بين فسخ البيع و بين أخذ المقدار الباقي بحصته من الثمن (م ٢/٥٠٠ مدني اردني) (١).

و يأخذ حكم الاستحالة الجزئية الاستحالة الوقتية في عقود المدة، لأن السبب الاجنبي قد يؤدي الى امتناع تنفيذ العقد بعض الوقت.

هذا و يلاحظ ما تشترطه المادة ٢٤٧ مدني اردني في حالة ما اذا اختار الدائن الفسخ اذا كانت الاستحالة جزئية أو وقتية، من وجوب إعلان إرادة الدائن الى المدين بذلك، باعتبار أن الفسخ يقع هنا دون حاجة إلى التراضي أو التقاضي كما تقول المذكرة الايضاحية تعليقاً على هذه المادة (٢).

غير أننا نرى أنه ما دام الأمر يتعلق بالفسخ وليس بالانفساخ، فيجب الالتجاء الى القضاء حتى لا يتعسف الدائن في استعمال حق الفسخ، ذلك أن السبب الاجنبي قد يؤدي الى امتناع تنفيذ العقد المستمر بعض الوقت دون أن يترتب على ذلك ضياع الفائدة التي كان يرجوها الدائن من التعاقد. كما أن الاستحالة الجزئية في تنفيذ الالتزام قد تكون من التفاهة أو البساطة بحيث لا تستأهل فسخ العقد.

٣٨٦ ـ **تحمل المدين تبعة الاستحالة :** يترتب على انفساخ العقد بقوة القانون لاستحالة تنفيذ التزام المدين لسبب اجنبي انقضاء هذا الالتزام وانقضاء الالتزام المقابل له تبعا لذلك، ومعنى ذلك أن المدين وقد استحال تنفيذ التزامه لا يستطيع مطالبة الدائن بتنفيذ ما تعهد به، و بذا يتحمل المدين في العقد التبادلي تبعة استحالة تنفيذ التزامه، ففي البيع مثلا إذا هلك المبيع المعين بالذات قبل التسليم لسبب أجنبي، تحمل البائع وهو المدين بالتسليم تبعة هذا الهلاك وانقضى التزام المشتري بدفع الثمن.

---

١. يفرق الفقه الحنفي بين ما إذا كان الهلاك هلاك قدر و بين ما إذا كان هلاك وصف، ففي نقصان القدر يسقط عن المشتري من الثمن بنسبة الجزء الهالك لأن كل جزء في المقدرات يقابله جزء من الثمن، أما إذا كان الهلاك هلاك وصف فلا يسقط شيء من الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، ولكن يكون للمشتري حق الفسخ لفوات الوصف، فان لم يفسخ وجب عليه الثمن كله (المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني جـ١ ص ٢٥٤ و٢٥٥.

٢. المرجع السابق ص ٢٥٥ .

المبحث الرابع
الدفع بعدم التنفيذ

٣٨٧ ـ **فكرة الدفع بعدم التنفيذ**[1]**:** يجوز لكل متعاقد في العقود التبادلية بدلا من طلب فسخ العقد لعدم وفاء العاقد الآخر بالتزاماته، أن يوقف تنفيذ التزامه حتى يتم تنفيذ الالتزام المقابل له، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ، وهو وسيلة يلجأ اليها العاقد في العقود التبادلية للضغط على العاقد الآخر وحمله على تنفيذ التزامه دون حاجة إلى الترافع إلى القضاء.

وسنتناول فيما يتعلق بهذا الدفع دراسة أصله ونطاقه ثم شروطه وآثاره.

المطلب الأول
أصل الدفع بعدم التنفيذ ونطاقه

٣٨٨ ـ **أصل الدفع بعدم التنفيذ:** لا يرجع الدفع بعدم التنفيذ (exception non adimpleti contractus) كما توحي به صياغته اللآتينية إلى القانون الروماني، لأن الرومان لم يعرفوا الدفع بعدم التنفيذ كنظرية عامة، فهم وإن أجازوا للمتعاقد في العقود التبادلية رفض تنفيذ التزامه اذا كان الطرف الآخر لم يوف بما تعهد به، فقد كان ذلك منهم تطبيقا للدفع بالغش الذي أخذوا به في كافة العقود المبنية على حسن النية.

أما شراح القانون الكنسي فقد أبصروا بفكرة تقابل الالتزامات في العقود التبادلية، وقرروا كنتيجة لها، وهي بعد نتيجة اخلاقية، أنه لا يلزم العاقد بتنفيذ التزامه إلا إذا نفذ الطرف الآخر التزامه المقابل، وبذا ظهرت فكرة الدفع بعدم التنفيذ التي أخذها عنهم المحشيون (postglossateurs) فصاغوا منها نظرية عامة أطلقوا عليها الاسم الآتيني الذي تعرف به.

أما فقهاء القانون الفرنسي القديم فلم يسلموا بهذه الفكرة كنظرية عامة، وقصروا تطبيقاتها على الحالات التي يوجد في شأنها نص، وهذا ما يفسر خلو القانون الفرنسي والقانون المصري السابق من نص عام يقرر هذه النظرية، غير أن الفقه

---

١. راجع: «كابيتان» في السبب بند ١٢١ وما بعده ـ «سالي» في الالتزامات في القانون الألماني بند ١٧١ وما بعده ـ «بنكاز» ملحق «بودري» ج ٥، ص ٥٧١ ـ «هوان» التمييز ما بين العقود الملزمة للجانبين والملزمة لجانب واحد رسالة من باريس سنة ١٩٣٧.

والقضاء سواء في فرنسا أم في مصر جرى دائماً على الأخذ بدافع بعدم التنفيذ كنظرية عامة، وهو ما سارت عليه الآن التقنينات الحديثة كالتقنين الألماني (م ٣٢٠) وتقنين الالتزامات السو يسري (م ٨٢) والتقنين الايطالي (م ١٦٤) و(التقنين المصري الحالي (م ١٦١) والتقنين السوري (م ١٦٢) والتقنين المدني الأردني (م ٢٠٣).

هذا و يلاحظ أن التقنين المدني المصري قد أورد النص الخاص بالدفع بعدم التنفيذ في (م ١٦١) مع النصوص المتعلقة بالفسخ تحت عنوان «انحلال العقد» رغم أن العقد لا ينحل في هذه الحالة، وقد تلافى القانون المدني الاردني هذا العيب، فوضع النص الخاص بالدفع بعدم التنفيذ (م ٢٠٣) في موضعه الصحيح وهو تنفيذ العقد (١)، وهو ما سرنا عليه في دراستنا.

٣٨٩ ـ **الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس** : تنص المادة ٣٨٧ من القانون المدني الاردني على أن «لكل من التزم بأداء شيء ان يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطا به» (٢).

تتناول هذه المادة الحق في الحبس أو حق الاحتباس كما يسميه القانون الاردني؛ والحق في الحبس يفترض وجود التزامين كل منهما مترتب على الآخر ومرتبط به سواء كان مصدر هذا الارتباط هو العمل القانوني كالعقد (م ٣٨٨ مدني اردني) أو الواقعة القانونية كالفعل النافع (٣٨٩ مدني اردني).

ففي البيع مثلاً التزام كل متعاقد مرتبط بالتزام المتعاقد الآخر، ولذا فلكل من البائع والمشتري أن يحتبس ما يلزم بادائه حتى يفي المتعاقد الآخر بالتزامه.

وفي الحيازة يلتزم الحائز برد الشيء إلى مالكه، ولكن اذا كان قد انفق مصروفات ضرورية أو نافعة على الشيء، فله أن يحتبسه حتى يستأدى من المالك ما انفق من هذه المصروفات، والعلة في هذا ما بين التزام الحائز والتزام المالك من ارتباط.

وفكرة الارتباط هذه هي التي يستند اليه الحق في الحبس والدفع بعدم التنفيذ، على أن الحق في الحبس يعتبر أعم من الدفع بعدم التنفيذ، أو بعبارة أخرى أن الدفع بعدم التنفيذ ما هو إلا مجرد تطبيق للحق في الحبس في العقود التبادلية.

٣٩٠ ـ **نطاق الدفع بعدم التنفيذ** : يقتصر الدفع بعدم التنفيذ باعتباره صورة للحق في الحبس على العقود التبادلية، وعلى ذلك إذا انحلت الرابطة القانونية في

---

١. المذكرات الايضاحية ج ١، ص ٢٣١.

٢. تقابل الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ من التقنين المدني المصري.

العقود التبادلية لسبب من أسباب البطلان أو الفسخ أو الالغاء أو الاقالة، كان لكل طرف أن يمتنع عن رد ما تسلمه حتى يرد الطرف الآخر ما أخذه، وذلك تطبيقاً للحق في الحبس لا للدفع بعدم التنفيذ، لأن العقد لا وجود له بعد انحلاله، والى هذا الحكم أشارت المادة ٢٤٩ مدني اردني بقولها «اذا انحل العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو بأي سبب آخر وتعين على كل من المتعاقدين أن يرد ما استولى عليه، جاز لكل منهما أن يحبس ما أخذه ما دام المتعاقد الآخر لم يرد اليه ما تسلمه منه أو يقدم ضماناً لهذا الرد»(١).

المطلب الثاني
شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ وآثاره

٣٩١ ــ **النص القانوني** : تنص المادة ٢٠٣ من القانون المدني الاردني على أنه «في العقود الملزمة للجانبين اذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به»(٢).

وسنتناول فيما يتعلق بشرح هذه المادة بيان شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ثم الآثار المترتبة على هذا الدفع.

أولا ــ شروط التمسك بالدفع

٣٩٢ ــ **تحديد الشروط** : يخلص من مطالعة المادة ٢٠٣ مدني اردني أنه يشترط للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ :
أولا ــ أن يكون العاقد قد التزم بموجب عقد من العقود التبادلية. ثانياً ــ أن تكون الالتزامات المتقابلة الناشئة عن هذا العقد مستحقة الأداء. ونضيف الى هذين الشرطين شرطا. ثالثا ــ مستفاداً من المادة ١/٢٠٢ مدني اردني(٣) وهو وجوب مراعاة حسن النية عند التمسك بالدفع.

والشروط الثلاثة السابقة هي كل ما يتطلب لامكان تمسك العاقد بالدفع بعدم التنفيذ، فلا يشترط لاستعمال هذا الحق ما يشترط في الفسخ من توافر الاعذار

---

١. تمييز حقوق ١٩٨٣/١/١٢ مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٨٣، س ٣١، ع ١ ــ ٤ رقم ٨٣/١٤ ص ٤٤٠.

٢. تقابل المادة ١٦١ من التقنين المدني المصري.

٣. تطابق المادة ١/١٤٨ من التقنين السابق.

السابق للمدين، مع ملاحظة أن الاعذار اذا لم يكن ضروريا للتمسك بالدفع الا أنه قد يكون ضروريا لتوليد الالتزام الذي يترتب على عدم تنفيذه الحق في التمسك بالدفع، كما قد يكون مفيداً في إثبات تقصير الطرف الآخر.

كذلك لا يشترط للتمسك بهذا الدفع أن تسبقه اجراءات العرض الحقيقي، على أن العرض الحقيقي يكون لازما اذا أراد المدعي الحصول على حكم بالزام المدعى عليه بالتنفيذ بدون شرط.

٣٩٣ ـ **الشرط الأول ـ أن يكون العقد من العقود التبادلية :** يقتصر الدفع بعدم التنفيذ كما هو ظاهر من نص المادة ٢٠٣ مدني اردني على العقود التبادلية، فاذا جاوز نطاق هذه العقود فلا يكون هناك محل للتمسك بهذا الدفع بل للتمسك بالحق في الحبس، على التفصيل الذي سبق أن قدمناه.

٣٩٤ ـ **الشرط الثاني ـ أن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء :** يفترض الدفع بعدم التنفيذ وجود التزامات مدنية متقابلة استحق اداؤها في نفس الوقت، أي تعاصر تنفيذها. ففي البيع مثلا لا يجوز للبائع أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ وأن يحبس المبيع عن المشتري إلا إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع ولم يدفع، سواء في ذلك كان تسليم المبيع ودفع الثمن واجبي الأداء فور انعقاد العقد، أم مؤجلين وحل الأجل المحدد للوفاء بهما ولم يدفع المشتري الثمن، أو كان تسليم المبيع مؤجلا ودفع الثمن معجلا وحل ميعاد التسليم ولم يكن المشتري قد دفع الثمن بعد.

كذلك يجوز للبائع احتباس المبيع ـ بفرض أن تسليمه واجب الأداء فور الوقت وطالبه المشتري به ـ ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن إذا كان حق المشتري في الأجل قد سقط طبقا لأحكام المادة ٤٠٤ مدني اردني(١).

أما إذا كان تسليم المبيع معجلا ودفع الثمن مؤجلا، ولم يسقط حق المشتري في الأجل، فلا يجوز للبائع إذا طالبه المشتري بتسليم المبيع أن يدفع في مواجهته بالدفع بعدم التنفيذ، لأن التزام المشتري بدفع الثمن لم يحل بعد، غير أنه لا يقاس على حالة الأجل الاتفاقي حالة نظرة الميسرة التي قد يمنحها القاضي للمشتري للوفاء بالثمن (م ٣٣٤/٢ مدني اردني)، لأنه اذا افترضنا في الحالة الأولى أن البائع بمنحه أجلا للمشتري لدفع الثمن قد تنازل عن حقه في الحبس، فلا يمكن افتراض ذلك في الحالة الثانية التي منح فيها الأجل للمشتري دون دخل لارادة البائع، إن لم

---

١. تقابل المادة ٢٧٣ من التقنين المدني المصري.

يكـن بـالرغم عـن إرادته، ولذا يجوز له احتباس المبيع في الحالة الأخيرة حتى الوفاء بالثمن.

كـذلـك لا يـجـوز للمتعاقد التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا كان يستخلص من طـبـيـعـة العقد أو من العرف أن التزامه واجب الأداء قبل تنفيذ الالتزام المقابل، كما هـو الـشـأن بـالنسبة للعامل أو بالنسبة لصاحب الفندق؛ فالتزام العامل واجب الأداء قـبـل الـتزام رب العمل ولذا لا يجوز له التمسك بالدفع بعدم التنفيذ؛ والتزام صاحب الفندق واجب الأداء قبل التزام النزيل ولهذا لا يحق له التمسك بالدفع بعدم التنفيذ أيـضـا، و بـعـبـارة أخرى أنه إذا اختلف وقت تنفيذ الالتزامات المتقابلة امتنع على من عليه تنفيذ التزامه أولا التمسك بالدفع بعدم التنفيذ.

وفي عـقـود المدة، وعلى وجه الخصوص في العقود التي تتضمن أداءات دورية، يتعين على من عليه تقديم الأداء أن يكون السابق في تنفيذ التزامه، ولذا يمتنع عليه الدفع بعدم التنفيذ، إلا إذا كان الالتزام المقابل للأداء الأول لم ينفذ بعد بالرغم من حلوله، فيجوز له الامتناع عن تنفيذ الأداء التالي.

وإذا تعاصر تنفيذ الالتزامين المتقابلين كان لكل من المتعاقدين أن يتمسك في مـواجـهـة الآخـر بـالدفع بعدم التنفيذ، ولا مخرج من هذا الموقف السلبي إلا بالتجاء أحـد الـعـاقـديـن إلى القضاء، وفي هذه الحالة يحكم القاضي على كل منهما بايداع ما الـتـزم بـه في خـزانـه المحكمة أو تحت يد شخص ثالث ما لم يكن المدعي قد لجأ الى اجـراءات الـعـرض الـحـقـيـقـي، أو تـبـين للقاضي أن المدعي عليه متعنت في مسلكه، فـيـحـكـم عـلـيه بتنفيذ التزامه دون تعليق ذلك على شرط تنفيذ التزام المدعي كما هو الأصل.

٣٩٥ ــ الـشـرط الـثـالـث ــ وجوب مراعاة حسن النية في التمسك بالدفع بعدم الـتـنـفـيـذ : يجب على المتعاقد الذي يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ألا يسيء استعمال هذا الـدفـع، لأن الـقـاعـدة الـعـامـة هـي وجـوب مـراعـاة حـسـن الـنـيـة عـنـد تنفيذ العقود (م ٢/٢٠٢ مـدنـي أردنـي)؛ وعلى ذلك لا يجوز للمتعاقد أن يتمسك بهذا الدفع إذا كان هـو المتسبب في عدم تنفيذ الالتزام المقابل، أو إذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل هو جـزء يـسـيـر بـالـنـسبة إلى جملة الالتزام. وتفريعاً على هذا الشرط لا يجوز للمشتري وهو دائـن بالضمان أن يمتنع عن دفع الثمن اذا لم يكن هناك سبب جدي يبرر خشية وقوع التعرض له.

ثانياً ـ آثار الدفع بعدم التنفيذ

٣٩٦ ـ آثار الدفع فيما بين المتعاقدين: لا يترتب على الدفع بعدم التنفيذ اذا توافرت شروطه انقضاء الالتزام بل وقف تنفيذه. ووقف التنفيذ لا يؤثر على مقدار الالتزام اذا كان العقد من العقود الفورية كالبيع، أما اذا كان من عقود المدة كالايجار أو من العقود المستمرة التنفيذ كعقود توريد الغاز أو الكهرباء فانه يترتب على وقف تنفيذه نقص في كم الالتزام بمقدار مدة الوقف.

والدفع بعدم التنفيذ يخول للحابس للشيء استعمالا لحقه في الحبس حق تقدم على سائر الدائنين في اقتضاء حقه الذي حبس الشيء لأجله من الشيء المحبوس أو ثمنه، وقد نصت على هذا الحكم المأخوذ عن المذهب الحنفي المادة ٣٩١ بقولها «من احتبس الشيء استعمالا لحقه في احتباسه كان أحق من باقي الغرماء في استيفاء حقه منه».

على أنه ليس للدائن في فترة عدم التنفيذ أي في فترة حبس الشيء أن يستولي على غلته، بل عليه أن يقدم حساباً عنها، كما أن عليه أن يحافظ عليه (م ٣٩٠/١ مدني اردني).

والدفع بعدم التنفيذ أو الحق في الحبس لا يقبل التجزئة إذا كان محل الالتزام إعطاء شيء، بمعنى أن للدائن أن يمتنع عن تنفيذ التزامه طالما لم ينفذ المدين كل التزامه، على أنه لا يجوز للدائن أن يتعسف في استعمال حقه في الحبس إذا كان الباقي من التزام المدين جزءاً يسيراً.

٣٩٧ ـ آثار الدفع بالنسبة الى الغير: لا يحتج بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة العاقد فقط بل وكذلك في مواجهة الغير، فللمشتري مثلا أن يستعمل حقه في حبس الثمن قبل البائع وقبل الخلف الخاص كالمحال بالثمن. كذلك البائع له أن يحتج بحقه في الحبس قبل باقي دائني المشتري، كما أنه يتقدم عليهم في استيفاء حقه من الشيء المحبوس أو من ثمنه على ما سبق أن رأينا.

٣٩٨ ـ انقضاء الدفع بعدم التنفيذ: ينقضي الدفع بعدم التنفيذ لأسباب متعددة، من ذلك اذا منح الدائن المدين أجلا جديداً بعد حلول ميعاد الوفاء بالتزامه؛ أو اذا هلك الشيء المحبوس تحت يد الحابس كالبائع بسبب اجنبي، وفي هذه الحالة يتحمل المشتري تبعة الهلاك؛ أو اذا خرج الشيء خروجاً ارادياً من قبل الحابس كما لو سلم البائع المبيع الى المشتري، اما اذا خرج من تحت يده خفية أو بالرغم من معارضته أي غصباً فله أن يطلب استرداده خلال ثلاثين يوما من الوقت

الذي علم فيه بخروجه من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه، أي أن حقه في الاسترداد يسقط بأقرب هذين الأجلين (م ٢/٣٩٢ مدني اردني).

الباب الثاني
الارادة المنفردة

٣٩٩ ـ **منهج البحث** : سنتناول فيما يتعلق بدراسة الارادة المنفردة، البحث في نظرية التصرف بالارادة المنفردة، ثم في تطبيقات هذه النظرية.

الفصل الأول
التصرف بالارادة المنفردة

٤٠٠ ـ **خطة الدراسة** : سنعرض فيما يتعلق بدراسة نظرية الارادة المنفردة إلى الكلام عن هذه النظرية في الفقه الغربي، ثم في الفقه الاسلامي والقانون الأردني.

الفرع الأول
النظرية في الفقه الغربي

٤٠١ ـ **تاريخ النظرية** : ظل العقد الى عهد قريب في نظر شراح الفقه الغربي هو المصدر الوحيد للالتزام الارادي، وقد كان هذا النظر من جانبهم أمراً طبيعيا لأنه إذا صورنا الالتزام على أنه رابطة بين شخصين فيجب بالبداهة توافر ارادتين متطابقتين لنشوئه، وهذا هو العقد. غير أنه في سنة ١٨٧٤ قرر أحد شراح القانون النمساوي وهو «سيجل» (Siegel) وجوب الأخذ بالارادة المنفردة (la volonté unilateral) كمصدر للالتزام بجانب العقد، وقد لاقت دعوته قبولاً لدى واضع القانون الألماني سنة ١٩٠٠ فقرروا للارادة المنفردة مكاناً بجانب العقد وان لم يأخذوا بها كمصدر عام للالتزام (م ٣٠٥ الماني)، غير أنه ترتب على اعتناق القانون الألماني نظرية «سيجل» ذيوع هذه النظرية في فرنسا وغيرها من الدول.

كذلك أخذت بهذه النظرية بعض التقنينات الحديثة كتقنين الالتزامات السويسري، وتقنين الالتزامات البولوني، والتقنين المدني الايطالي، والتقنين المدني المصري، غير أن جميع هذه التقنينات سارت على نسق التقنين الألماني في الأخذ بالارادة المنفردة كمصدر استثنائي للالتزام الارادي لا كمصدر عام له كما هو الشأن بالنسبة الى العقد.

٤٠٢ ـ تعريف التصرف بالارادة المنفردة وتحديد عناصره: قبل أن نعرف التصرف بالارادة المنفردة (L'engagement unilatéral) يحسن أن نفرق بينه و بين العقد الملزم لجانب واحد (contrat unilatéral) ذلك أن العقد الملزم لجانب واحد لا ينشأ الا بتطابق إرادتي شخصين، وإن كان لا يرتب التزاما الا في ذمة أحدهما فقط، ولذا فهو ثنائي من حيث انعقاده وآحادي من حيث آثاره؛ أما التصرف بالارادة المنفردة فهو آحادي من حيث نشوئه، ولذا يمكن تعريفه بأنه تصرف قانوني يرتب التزاما في ذمة شخص بالارادة المنفردة لهذا الشخص.

هذا و يجب أن نفرق بين التصرف بالارادة المنفردة و بين ما قد ترتبه الارادة المنفردة من آثار قانونية أخرى، فمن المسلم به أن الارادة المنفردة قد تكون سببا في كسب الحق العيني كما في الوصية، أو سبباً في انقضائه كما في النزول عن حق الارتفاق، أو سبباً في بقاء الحق الشخصي كما في إجازة العقد القابل للابطال أو في إقرار العقد الصادر من الغير، أو سبباً في زوال الرابطة التعاقدية كما في إنهاء الوكالة، أو سبباً في إسقاط الحق الشخصي كما في الابراء.

غير أن الجديد في الأمر هو معرفة ما اذا كان للارادة المنفردة أن تنشىء **التزاماً كما هو الشأن بالنسبة الى العقد، أو بعبارة إخرىهل التصرف بالادارة المنفردة كالعقد، يتميز كلاهما عن سائر الأعمال القانونية بالقدرة على إنشاء الالتزام؟ هذا ما تؤكده نظرية «سيجل»، ذلك أنه اذا كان من غير المتصور أن يصبح الشخص دائناً لآخر بارادته المنفردة، الا أنه ليس هناك ما يحول عقلا دون أن يصبح مديناً لغيره بارادته المنفردة، غاية الأمر يجب أن تتجه إرادته فعلا الى ترتيب التزام في ذمته دون أن تتوقف هذه الارادة على أمر آخر كالقانون، لأنه إذا ترتب الالتزام بنص في القانون رغماً عن إرادة المدين فلا يكون هذا التزاماً إرادياً بل التزاماً قانونياً، و بذلك نخرج من مجال الارادة المنفردة؛ و يسمي البعض هذا العنصر وهو ترتب الالتزام بالارادة المنفردة وحدها بالعنصر الشكلي، أما العنصر الموضوعي فيتمثل في أنه في التصرف بالارادة المنفردة لا توجد مصالح متعارضة يراد التوفيق بينها، بل لا توجد الا مصلحة المدين وحده التي يستهدفها من وراء التزامه.**

٤٠٣ ـ تقدير فكرة التصرف بالارادة المنفردة في الفقه الغربي من الناحية النظرية: لا تتعارض فكرة التصرف بالارادة المنفردة مع مبدأ كفاية الارادة، لأنه اذا كان من مقتضى هذا المبدأ امتناع قيام الحق الشخصي بالارادة المنفردة للدائن، إلا أن ليس فيه ما يمنع من نشوء الالتزام بالارادة المنفردة للمدين، ولكن قد يقال أن في التزام شخص قبل الآخر بارادته المنفردة فيه اعتداء على حرية الآخير لأنه سيجد نفسه دائنا دون دخل لارادته في ذلك، غير أن مثل هذا الاعتراض مردود، لأنه

ليس هناك ما يجبر الدائن على المطالبة بالحق الذي أنشأه له المدين، غير أنه اذا قلنا بذلك، فمعنى هذا الامر أن الالتزام ليس له وجود حقيقي إلا اذا قبله الدائن، أو بعبارة اخرى أن الالتزام لن يتقرر وجوده الا بتوافق إرادة الدائن مع إرادة المدين وبذلك نكون قد رجعنا الى فكرة العقد.

غير أن مثل هذا التصور لا يتفق وحقيقة التصرف بالارادة المنفردة، لأنه اذا كان مصدر الالتزام هو العقد فلن يوجد الالتزام الا من وقت قبول الدائن للايجاب الموجه اليه من المدين، أما إذا كان مصدر الالتزام هو الارادة المنفردة فان الالتزام يوجد من وقت إعلان ارادة المدين دون حاجة الى صدور إرادة مقابلة من الدائن. أي أن وجه الخلاف بين أنصار نظرية الارادة المنفردة وبين معارضيها هو في وقت نشوء الالتزام. فاذا اخذنا بهذه النظرية قلنا أن الالتزام ينشأ من وقت صدور الارادة المنفردة للمدين، واذا لم نأخذ بهذه النظرية ورددنا الامر الى فكرة العقد قلنا بأن الالتزام لا ينشأ الا من وقت تطابق إرادة الدائن مع إرادة المدين، وهذا هو في الواقع الخلاف الوحيد بين أنصار هذه النظرية وبين معارضيها.

٤٠٤ ـ تقدير فكرة التصرف بالارادة المنفردة في الفقة الغربي من الناحية العملية: يأخذ معارضو نظرية الارادة المنفردة على هذه النظرية أمرين: الأول خطورتها، والثاني عدم فائدتها.

أما الأمر الأول فيرجع في نظر المعارضين الى صعوبه معرفة متى تعتبر إرادة المدين إرادة نهائية ومتى تعتبر مجرد مشروع يجوز له العدول عنه، ولا مخرج من هذا الأمر إلا باشتراط توافر شكل معين تتم فيه هذه الارادة، وبذلك تعود بنا هذه النظرية الى فكرة الشكلية التي أخذت التشريعات الحديثة تتحرر منها.

يضاف الى ذلك أنه اذا تقرر وجوب توافر شكل معين تتم فيه هذه الارادة فلن تكون الارادة المنفردة وحدها هي مصدر الالتزام، بل سيكون اجتماع هذه الارادة مع الشكل الذي يجب أن تصاغ فيه، وبذلك نعود القهقرى إلى ما كانت عليه الحال في التشريعات القديمة.

أما الأمر الثاني فهو عدم فائدة هذه النظرية في نظر معارضيها، لأنه على حد قولهم يمكن عن غير طريق هذه النظرية تفسير كافة الحالات التي يلتزم فيها المدين بارادته وحدها؛ غير أن مثل هذا الاعتراض ليس صحيحا على اطلاقه، لأنه كما سبق أن بينا سيوجد دائما فرق من حيث وقت نشوء الالتزام بين فكرة مؤيدي هذه النظرية وبين فكرة معارضيها، إذ في التصرف بالارادة المنفردة يوجد الالتزام من وقت اعلان إرادة المدين، على عكس الحال بالنسبة للالتزامات العقدية التي لا توجد الا من وقت قبول الدائن.

غير أنه لا خلاف في أن الاعتراضات التي وجهت الى نظرية التصرف بالارادة المنفردة قد حملت المشرعين الذين أخذوا بها في الدول الغربية على التضييق من نطاقها، واجتناب تقريرها كمصدر عام للالتزام.

الفرع الثاني
النظرية في الفقة الاسلامي
والقانون الاردني

٤٠٥ ـ **مركز الارادة المنفردة في الفقة الاسلامي:** للارادة المنفردة في الفقة الاسلامي مركز يقارب مركز العقد، وقد لا نكون بعيدين عن الحقيقة اذا قلنا أن الأصل في التصرفات في الفقه الاسلامي هي الارادة المنفردة لا العقد، لأن العقد ولو أنه يتم بالايجاب والقبول، الا أن التزام كل طرف فيه يقوم على إرادته هو دون إعتبار لارادة الطرف الآخر.

ذلك أن الفقه الاسلامي يفرق بين أنواع ثلاث من التصرفات: النوع الأول منها ما كان معاوضة ابتداء وانتهاء كالبيع والاجارة، وفيها يلتزم كل من الطرفين، ومن ثم لا ينعقد العقد الا بارادة كل منهما، ولذا يعتبر الركن فيها الايجاب والقبول.

والنوع الثاني من التصرفات ما كان تبرعا ابتداء معاوضة انتهاء، كالكفالة والقرض، ففيه خلاف لأنه قام التساؤل فيما إذا كان يلزم قبول الدائن في الكفالة والمدين في القرض مع أن التصرف بالنسبة الى كليهما تبرع في بدايته، نغلب القول بأن القبول لازم لأن التصرف في نهايته معاوضة، ولذا كان الراجح أن الركن هو الايجاب والقبول.

والنوع الثالث من التصرفات ما كان تبرعا ابتداء وانتهاء كالهبة والعارية، غلب فيها القول بأن القبول غير لازم، لذا كان الراجح أن الركن هو الايجاب فقط.

والخلاصة أن التصرف في الفقه الاسلامي يتم بالايجاب والقبول اذا كان من شأنه ترتيب التزام في جانب كل من الطرفين ولو انتهاء، أما اذا كان يرتب التزاما في جانب أحد الطرفين دون الطرف الآخر فيتم بايجاب الطرف الملتزم وحده، وهو ما يفسر القول بأن العقد، وهو ايجاب وقبول، يقوم التزام كل طرف فيه على إرادته وحدها دون دخل لارادة الطرف الآخر(١). وهذا هو المعنى المقصود من عبارة المادة

١. المرحوم الاستاذ السنهوري، المرجع السابق، ج ١، ص ٤٤.

٢٥٠ من القانون المدني الأردني بأنه «يجوز أن يتم التصرف بالارادة المنفردة للمتصرف دون توقف على القبول ما لم يكن فيه الزام الغير بشيء وذلك طبقاً لما يقضي به القانون».

٤٠٦ ـ **الشروط الواجب توافرها في التصرف الانفرادي**: تنص المادة ٢٥١ مدني أردني على أنه «١ ـ تسري على التصرف الانفرادي الأحكام الخاصة بالعقود إلا ما تعلق منها بضرورة وجود ارادتين متطابقتين لنشوء العقد. وذلك ما لم ينص القانون على غير ذلك. ٢ ـ و يبقى الايجاب في العقود خاضعاً للأحكام الخاصة به». وذلك أنه ما دام قد تقرر مبدأ التصرف بالارادة المنفردة، وجب سريان أحكام العقود عليه من وجوب توافر الأهلية وسلامة الرضا من العيب، وتوافر المحل والسبب بشرائطهما.

«وإذا استوفى التصرف الانفرادي ركنه وشروطه فلا يجوز للمتصرف الرجوع فيه ما لم ينص القانون على غير ذلك» (م ٢٥٢ مدني اردني).

هذا و يلاحظ أن الارادة المنفردة كما قد تكون سبباً في الفقه الاسلامي في إنشاء الالتزام، قد تكون سببا لكسب الملكية كالوصية، أو سبباً في انقضاء الالتزام كالابراء، أو سببا في تصحيح العقد ونفاذه كما في الاجازة والاقرار، أو سببا في انهاء العقد كعزل الوكيل.

٤٠٧ ـ **حكم التصرف الانفرادي**: تنص المادة ٢٥٣ من القانون المدني الاردني على أنه «١ ـ اذا كان التصرف الانفرادي تمليكاً فلا يثبت حكمه للمتصرف إليه الا بقبوله. ٢ ـ واذا كان اسقاطا فيه معنى التمليك أو كان ابراء من دين فيثبت حكمه للمتصرفْ اليه ولكن يرتد برده في المجلس. ٣ ـ واذا كان اسقاطا محضا فيثبت حكمه ولا يرتد بالرد. ٤ ـ كل ذلك ما لم ينص القانون على خلافه».

تتناول هذه المادة حكم التصرف الانفرادي سواء أكان أثباتا أم إسقاطاً. والاثبات يقصد به اثبات حق لآخر كالهبة والوصية، والاسقاط يقصد به انهاء حق لا إلى مالك وذلك بازالته نهائيا كاسقاط حق الخيار أو كاسقاط حق الشفعة.

فاذا كان التصرف تمليكاً فلا يثبت حكمه للمتصرف اليه الا بقبوله لأنه لا يصح تمليك شخص شيئا دون رضاه.

واذا كان التصرف إسقاطا فان الحق يتلاشى نهائيا بالارادة المنفردة دون حاجة إلى قبول، ولا يرتد بالرد، ولا يصح الرجوع فيه لأن أثره السقوط، الساقط لا يعود.

والاسقاط لا يرد على الأعيان لأن الاعيان لا تتلاشى بقول يصدر من مالكها،

وإنما يرد على الحقوق فهي التي تتلاشى كحق الملكية وحق الرهن وحق الارتفاق وحق الحبس. و يشترط في الحقوق التي يرد عليها الاسقاط أن تكون موجودة فعلا، وعلى ذلك لا يجوز إسقاط الحقوق قبل وجودها لأن اسقاط الساقط محال.

هذا و يجب التفرقة بين الاسقاط المحض والاسقاط المتضمن معنى التمليك: فالأسقاط المحض كاسقاط حق الخيار واسقاط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة يترتب عليه زوال الحق نهائيا فلا ينتقل الى شخص آخر، ولذا فانه يتم بالارادة المنفردة دون حاجة الى قبول ولا يرتد بالرد ولا يجوز الرجوع فيه كما سبق أن ذكرنا.

أما اذا كان الاسقاط يتضمن معنى التمليك، فيكون له شبهان، شبهة الاسقاط وشبهة التمليك؛ والاسقاط في هذه الحالة يتم أيضاً دون حاجة الى قبول، ولا يجوز الرجوع فيه من المسقط، ولكنه يرتد بالرد في المجلس لما فيه من معنى التمليك، ومثاله هبة الدين للمدين والابراء من الدين.

هذا و يشترط في الابراء أن يكون الدين محل الابراء موجوداً فعلا وقت صدوره وأن يكون معينا، ومتى وقع الابراء صحيحا سقط الحق فلا يعود نزولا على قاعدة «الساقط لا يعود»(١).

٤٠٨ ــ **الالتزام بالوعد**: تنص المادة ٢٥٤ مدني أردني على أن «١ ــ الوعد هو ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالاضافة الى المستقبل لا على سبيل الالتزام في المال وقد يقع على عقد أو عمل. ٢ ــ و يلزم الوعد صاحبه ما لم يمت أو يفلس».

يميز الفقه الاسلامي بين الالتزام والوعد. فالالتزام يطلق على الصورة العامة للالتزام بالارادة المنفردة، فيقال المطلوبات المترتبة على الالتزام أي الالتزامات الناشئة عن الارادة المنفردة. فاذا التزم شخص بمال يعطيه لشخص آخر دون أن يتعاقد معه، فهل يتقيد الملتزم بارادته المنفردة هذه أن يعطي المال الذي التزم باعطائه؟ في المذهب الحنفي والشافعي والحنبلي يعتبر هذا من قبيل التبرع، والتبرع غير ملزم عندهم، أما في المذهب المالكي الذي أخذ به المشرع الاردني فهو ملزم ما لم يمت الملتزم أو يفلس.

أما الوعد فهو ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالاضافة إلى المستقبل لا على سبيل الالتزام في الحال. وقد يرد الوعد على عقد أو عمل، كأن يعد شخص آخر ببيعه أرضاً أو ببنائه داراً، وهو ملزم عند المالكية في جميع الأحوال ما لم يمت

---

١. راجع المذكرات الايضاحية ج ١، ص ٢٦٢ وما بعدها.

الواعد أو يفلس، وهو القول الذي أخذ به المشرع الأردني (١).

الفصل الثاني
تطبيقات النظرية

٤٠٩ ـ **صور من التطبيقات** : رأينا أنه بجانب قدرة الارادة المنفردة على إنشاء الالتزام، فانها قد تكون سببا لكسب الحق العيني كما في الوصية، أو سببا لسقوطه كالتنازل عن حق الارتفاق، كما قد تؤدي إلى نفاذ العقد في حق المتعاقد أو في حق الغير كما في الاجازة والاقرار، وقد تسقط الحق الشخصي كما في الابراء، وقد تنهي رابطة تعاقدية كما في عزل الوكيل أو نزوله عن الوكالة. كذلك يستند إلى الارادة المنفردة الايجاب الملزم الذي سبق أن درسناه، والوعد بجائزة وهو ما سندرسه فيما يلي :

الفرع الاول
الوعد بجائزة

٤١٠ ـ **النص القانوني** : تنص المادة ٢٥٥ من القانون المدني الاردني على أن «١ ـ من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين وعين له أجلا التزم باعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة. ٢ ـ واذا لم يعين الواعد أجلا للقيام بالعمل جاز له الرجوع في وعده باعلان للكافة على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد، ولا تسمع دعوى المطالبة بالجائزة اذا لم ترفع خلال ثلاثة أشهر من تاريخ اعلان عدول الواعد» (٢).

ومثال الوعد بجائزة أن يعد شخص بجائزة لمن يقوم بتحقيق كشف أو اختراع

---

١. اختلف المالكية في حكم الوعد على أربعة أقوال : أولها أنه ملزم في جميع الأحوال ما لم يمت الواعد أو يفلس. والثاني أنه غير ملزم ولا يقضي به في أي حال. والثالث أنه ملزم إن كان على سبب، دخل الموعود في السبب أو لم يدخل. والرابع أنه ملزم إن كان على سبب ودخل الموعود من أجل الوعد في السبب.

ولتوضيح القولين الأخيرين يعطى المثل الآتي : يعد شخص آخر بمبلغ من المال ليعينه على الزواج، فهذا الوعد ملزم للواعد، وتزوج الموعود أو لم يتزوج على القول الثالث، وهو ملزم للواعد بشرط أن يكون الموعود قد تزوج على القول الرابع (المرحوم الاستاذ السنهوري المرجع السابق، ج ١، ص ٤٥).

٢. تقابل المادة ١٦٢ من التقنين المدني المصري.

علـمـي أو صنـاعـي في مـوضـوع مـعين، أو لمن يعثر على شيء ضائع، أو لمن يقبض أو يرشد عن مجرم معين ....الخ.

وسنتناول فيما يتعلق بدراسة الوعد بجائزة بيان شروط هذا الوعد ثم احكامه كما حددتها المادة ٢٥٥ من القانون المدني الأردني.

المبحث الاول
شروط الوعد بجائزة

٤١١ ــ **بـيـان شـروط الـوعـد** : يـتـبين من نص المادة ٢٥٥ مدني أردني أنه يشترط لـقـيـام الـتـزام الـواعـد بـجـائـزة تـوافر عدة شروط هي : صدور إرادة باته، موجهة إلى الـكـافـة أي الى الـجـمـهـور، عن طريق علني، متضمنة التزام الواعد بجائزة لمن يقوم بعمل معين. وسنتناول فيما يلي كل شرط من هذه الشروط.

٤١٢ ــ **الـشـرط الأول** : أن تـصـدر من الواعد إرادة باتة نهائية، لأن مصدر الالتزام هـنـا هـو الارادة المـنـفـردة. كذلك يجب أن تكون هذه الارادة صادرة من شخص أهل لـلالـتـزام بـمـا وعـد، وأن تـكـون سليمة من العيب ومستكملة لشرائط المحل والسبب. و يـقـصـد بـالسبب هنا سبب الالتزام، ومعنى هذا أن التزام الواعد يجب ان يكون له سـبـب هـو قـيـام مستحق الجائزة بعمل معين، فاذا انعدم السبب بطل التزام الواعد كـالـتـزام بـارادة منفردة، وهو ما قد يحصل لو صدر الوعد بجائزة لمن سيوجد في مركز مـعـيـن، كـمـن سيولد في يوم معين دون تطلب قيام مستحق الجائزة بأي اداء، وهذا الـحـكـم ظـاهـر مـن نـص المـادة ٢٥٥ مـدنـي الـتـي تقرر أن «من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين .... الخ».

على أن بـطـلان الـتـزام الواعد بارادته المنفردة لتخلف السبب كما حددناة، لا **يمنع من قيامه إذا توافرت أركان مصدر آخر له.**

٤١٣ ــ **الـشـرط الـثـانـي : أن تـتـوجـه إرادة الـواعد إلى الجمهور أي إلى أشخاص غير مـعينين، لأنها إن وجهت إلى شخص أو إلى أشخاص معينين فتعتبر إيجاباً لا بد من أن يـقـتـرن به القبول، وفي هذه الحالة نخرج من مجال التصرف بالارادة المنفردة الى مجال العقد.**

٤١٤ ــ **الـشـرط الـثـالـث** : أن يتم توجيه الارادة الى الجمهور بطريق علني كالاعلان في الـصـحـف أو تـوزيـع النشرات أو في الاذاعة المرئية وغير المرئية، والحكمة من ذلك تـيـسـيـر إيـصـال هـذه الارادة الى عـلـم أكـبر عدد ممكن من الناس مادية كمبلغ من

النقود أو نفقات رحلة، أو أن تكون أدبية كوسام أو شارة أو كأس أو غير ذلك من علامات التقدير.

٤١٥ ــ **الشرط الرابع :** ان تكون هناك جائزة يلتزم بها الواعد سواء في ذلك ان تكون الجائزة مادية كمبلغ من النقود أو نفقات رحلة، أو أن تكون أدبية كوسام أو شارة أو كأس أو غير ذلك من علامات التقدير.

المبحث الثاني
أحكام الوعد بجائزة

٤١٦ ــ **التفرقة بين حالتين :** يتعين لتحديد أحكام الوعد بجائزة التفرقة بين حالتين :

الأولى ــ حالة ما إذا كان الوعد قد صدر مقيداً بمدة يجب اتمام العمل في خلالها.
الثانية ــ حالة ما إذا صدر الوعد مطلقا أي بدون تحديد مدة.

٤١٧ ــ **الحالة الأولى : تقييد الوعد بمدة :** اذا صدر الوعد مقيداً بمدة يجب أن يتم العمل خلالها، التزم الواعد بارادته وامتنع عليه العدول عن وعده خلال هذه المدة؛ فاذا انقضت هذه المدة، ولم يقم أي شخص بالعمل موضوع الجائزة تحلل الواعد من وعده، ولو أنجز شخص هذا العمل فيما بعد أي بعد انتهاء المدة؛ على أن يكون لهذا الأخير الرجوع على الواعد على أساس آخر هو الاثراء بلا سبب.

أما إذا قام شخص بالعمل المطلوب قبل انتهاء المدة، فيصبح دائنا بالجائزة من فوره، ولو لم يصدر في ذلك عن رغبة في الحصول عليها، بل ولو كان جاهلا بالوعد.

٤١٨ ــ **الحالة الثانية عدم تقييد الوعد بمدة :** قد يصدر الوعد بجائزة مطلقا أي غير محدد بمدة، وفي هذه الحالة يلتزم الواعد كذلك بالوعد الصادر منه، وإن كان له العدول عنه بنفس الطريقة التي تم بها أي بطريق الاعلان في الصحف أو في الراديو أو في التلفزيون أو بطريق النشرات، ولا تخلو الحال في الفترة التي تمضي بين إعلان الوعد المطلق والعدول عنه من أحد فروض ثلاثة :

الأول : اذا لم يكن قد بدأ أحد في تنفيذ العمل المطلوب تحلل الواعد نهائيا من التزامه الانفرادي.

الثاني : اذا اتم شخص العمل المطلوب قبل إعلان الواعد العدول عن وعده، كان له

مطالبة الواعد بالجائزة على أساس التزامه بالارادة المنفردة ولو كان جاهلا وقت العمل هذا الوعد.

الثالث : اذا بدأ شخص في تنفيذ العمل المطلوب وصدر عدول الواعد قبل إتمامه كان له الرجوع على الواعد لا على أساس التزامه الانفرادي لأنه انقضى، بل على أساس المسؤولية التقصيرية، وفي هذه الحالة يحكم له بتعويض عن الضرر الذي اصابه دون أن يجاوز هذا التعويض مقدار الجائزة.

٤١٩ ـ **عدم سماع دعوى المطالبة بالجائزة :** يخلص من نص المادة ٢٥٥ مدني اردني أن الواعد يلتزم بالجائزة بارادته المنفردة في ثلاث حالات هي : (٢) اذا صدر الوعد مقيداً بمدة وتم العمل في خلالها. (٢) اذا صدر الوعد مطلقا أي غير محدد بمدة ولم يعدل الواعد عن وعده وأتم شخص العمل المطلوب. (٣) اذا صدر الوعد مطلقا وعدل الواعد عنه وأتم شخص العمل المطلوب قبل إعلان العدول. وفي الحالتين الأوليين لا تسمع دعوى المطالبة بالجائزة بعد انقضاء خمس عشرة سنة وفقا للقواعد العامة، لأنه لم يرد في شأنهما نص خاص.

أما في الحالة الأخيرة فلا تسمع دعوى المطالبة بالجائزة اذا لم ترفع في خلال ثلاثة أشهر من تاريخ اعلان عدول الواعد، وفقا لحكم الفقرة الثانية من المادة ٢٥٥ مدني، وقد راعى المشرع هنا وجوب قطع السبيل على كل محاولة مصطنعة يراد بها استغلال الوعد بالجائزة بعد إعلان العدول، وحسم المنازعات التي قد تنشأ بسبب تقادم العهد على الجائزة وصعوبة الاثبات.

الكتاب الثاني
المصادر غير الارادية

٤٢٠ ـ **بيان هذه المصادر** : يقصد بالمصادر غير الارادية للحق الفعل الضار، والفعل النافع، والقانون، و يطلق عليها، كما سبق أن ذكرنا اسم الواقعة القانونية، وسنفرد بابا لكل مصدر من هذه المصادر الثلاث.

الباب الأول
الفعل الضار
أو
العمل غير المشروع

٤٢١ ـ **المسؤولية المدنية** (la responsabilité civile) : هي بوجه عام التزام شخص بتعو يض الضرر الذي سببه لشخص آخر.

والمسؤولية المدنية إما أن تكون عقدية، وقد سبق الكلام عنها، وإما أن تكون تقصيرية. وقد تناول المشرع الاردني هذه المسؤولية الأخيرة في المواد ٢٥٦ الى ٢٩٢ تحت عنوان الفعل الضار، أما المشرع المصري فقد تناولها تحت عنوان العمل غير المشروع، وهو الاصطلاح المستعمل الآن في التشريعات الحديثة.

هذا و يحسن قبل بحث المسؤولية التقصيرية أن نتناول تحديد نطاقها، ثم تطورها في الفقه الغربي، ثم في الفقه الاسلامي(١).

الفصل الأول
نطاق المسؤولية التقصيرية

٤٢٢ ـ **تحديد هذا النطاق** : تحديد نطاق المسؤولية التقصيرية La résponsabilite délictuette) يتعين أولا التميز بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية، وثانياً التمييز في داخل المسؤولية المدنية بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية.

١. راجع: «نظرية هنري وليون مازو وفونك» في المسؤولية المدنية ـ «ساڤتييه» في المسؤولية ـ «لالو» في المسؤولية المدنية ـ «ديموج» جـ٣ و٤ و٥ ـ «بيدان وكابيتان» في النظرية العامة في المسؤولية المدنية ـ «بلانيول وريبير واسمان» جـ٦ ـ «ستارك» في نظرية جديدة في المسؤولية المدنية رسالة من باريس سنة ١٩٤٧.

الفرع الأول
المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية

٤٢٣ ـ **أجتماع المسؤوليتين :** يهتم القانون المدني بالفعل الضار الذي يصيب الشخص و يرتب على ذلك قيام مسؤولية الفاعل المدنية؛ كما يهتم القانون الجزائي بالفعل الضار الذي يصيب المجتمع و يرتب على ذلك مسؤولية الفاعل الجنائية. والمسؤولية المدنية تختلف عن المسؤولية الجنائية من حيث الأساس ومن حيث الجزاء.

فأساس المسؤولية المدنية اعتداء على حق الغير يتمثل فيما يسمى بالخطأ المدني في الفقه الغربي، ولا توجد صوره محصورة للخطأ المدني، ولذا لا يمكن حصر الأفعال التي قد تقع و يصدق عليها وصف هذا الخطأ.

أما المسؤولية الجنائية فأساسها إعتداء على حق المجتمع، أي أساسها جريمة من الجرائم، والجرائم واردة في القانون على سبيل الحصر، لأن القاعدة «ألا جريمة ولا عقو بة إلا بنص»، ولذا تعتبر المسؤولية المدنية أوسع نطاقا من المسؤولية الجنائية.

و يختلف الجزاء في المسؤولية تبعاً لاختلاف أساس كل منهما. فالجزاء في المسؤولية المدنية هو التعو يض (أي الضمان)، وصاحب الحق فيه هو المضرور، وهو الذي يملك رفع الدعوى به، كما يملك التنازل عنه أو التصالح عليه، واذا مات المسؤول جاز مطالبة ورثته بالتعو يض.

أما في المسؤولية الجنائية فالجزاء هو الردع عن طريق توقيع عقو بة، والعقو بة شخصية، والذي يملك المطالبة بتوقيع العقو بة هو النيابة العامة باعتبارها ممثلة المجتمع، ولا تملك النيابة العامة الصلح أو التنازل في المسؤولية الجنائية لأنها حق للمجتمع.

هذا والأصل أن تقوم المسؤولية المدنية كلما قامت المسؤولية الجنائية لأن الجرائم الجنائية تكون عادة جرائم مدنية، كما هو الشأن في جرائم الاعتداء على النفس أو المال؛ الا أن هذه القاعدة ليست مطلقة لأن من الأفعال ما يرتب مسؤولية الفاعل الجنائية دون المسؤولية المدنية إما لانتفاء الضرر أو لصعو بة تقديره كما هو الأمر بالنسبة لجرائم التشرد وحمل السلاح ومخالفات المرور والاتفاق الجنائي، وبعض جرائم الشروع.

و بالعكس قد تقوم المسؤولية المدنية دون المسؤولية الجنائية كما هو الشأن في حوادث العمل والمنافسة غير المشروعة، والعلة في ذلك أن المسؤولية المدنية كما سبق

أن ذكرنا أوسع نطاقاً من المسؤولية الجنائية، لأن القاعدة في الفقه الغربي بالنسبة للمسؤولية المدنية أن كل فعل خاطىء سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض. والقاعدة في الفقه الاسلامي أوسع من ذلك لأنها تكتفي بالضرر لاستحقاق الضمان، على حين أن القاعدة في المسؤولية الجنائية ألا جريمة بدون نص. وعلى هذا الأساس قد يرتب الفعل الضار مسؤولية الفاعل المدنية دون المسؤولية الجنائية.

٤٢٤ ـ **تأثير المسؤولية الجنائية على المسؤولية المدنية**: اذا اجتمعت المسؤولية الجنائية مع المسؤولية المدنية احتفظت كل منهما بطابعها الخاص، وهو ما أشارت اليه المادة ٢٧١ من القانون المدني الاردني بقولها «لا تخل المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجنائية متى توفرت شرائطها ولا أثر للعقوبة الجزائية في تحديد نطاق المسؤولية المدنية وتقدير الضمان». غير أن هذه القاعدة لا تمنع أن من شأن المسؤولية الجنائية وهي حق للمجتمع، التأثير على المسؤولية المدنية وهي حق للفرد، و يظهر هذا التأثير في نواحي متعددة منها:

أولا ـ من حيث التقادم: إذ تنص المادة ٢/٢٧٢ مدني اردني «على أنه اذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة وكانت الدعوى الجزائية ما تزال مسموعة بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة فان دعوى الضمان لا يمتنع سماعها الا بامتناع سماع الدعوى الجزائية». ومعنى هذا النص أن عدم تقادم الدعوى الجزائية يترتب عليه عدم سقوط الدعوى المدنية، على حين أن العكس غير صحيح فعدم تقادم الدعوى المدنية لا يمنع من تقادم الدعوى الجزائية.

ثانيا ـ من حيث الاختصاص: تعتبر الدعوى المدنية تابعة للدعوى الجزائية و يترتب على ذلك جواز رفع الدعوى المدنية أمام المحكمة الجزائية، وفي هذه الحالة تنظر المحكمة الدعو يين معا وتقضي في احداهما بالعقوبة وفي الاخرى بالتعويض.

على أن جواز رفع الدعوى المدنية أمام المحكمة الجزائية لا يمنع المدعي من تخير المحكمة المدنية ليرفع أمامها دعواه، غير أنه في هذه الحالة يتعين على القاضي المدني أن يأمر بوقف الفصل في الدعوى المدنية حتى يبت في الدعوى الجزائية. وهذه القاعدة المعروفة بأن الجنائي يوقف المدني.

ثالثا ـ من حيث الشيء المقضي: يتقيد القاضي المدني في الدعوى المدنية المرفوعة أمامه بالحكم النهائي الصادر في الدعوى الجزائية، أو بعبارة اخرى أن للحكم الجزائي قوة الشيء المقضي لدى المحكمة المدنية، غير أن هذا التقيد قاصر على الوقائع دون التكييف القانوني لهذه الوقائع. والحكم الجزائي قد يصدر بالادانة كما قد يصدر بالبراءة.

فاذا صدر الحكم الجزائي بالادانة أي بوقوع الجريمة ونسبتها الى المتهم، فلا يجوز للمحكمة المدنية مناقشة أحد هذين الأمرين، كما لا يجوز لها أن تبحث من جديد فيما اذا كان خطأ المسؤول عمديا أو غير عمدي ما دام الحكم الجزائي، قد اعتبره خطأ عمديا. ولكن لها عند تقدير التعو يض الا تتقيد بما ذهب اليه الحكم الجزائي من منح الظروف المخففة للمتهم.

واذا صدر الحكم الجزائي بالبراءة، فاما أن يصدر بالبراءة لعدم نسبة الفعل الى المتهم، وفي هذه الحالة يمتنع على القاضي المدني الحكم بالتعو يض لأن في الحكم بالتعو يض معنى وقوع الفعل من المتهم فيتناقض الحكم المدني مع الحكم الجزائي (١). أما اذا صدر بالبراءة لأن الفعل الواقع من المتهم لا يعتبر جريمة جنائية، أو لأن الدعوى الجزائية لم تعد مسموعة، أو لوجود مانع من موانع العقاب، فيجوز للقاضي المدني مع ذلك الحكم بالتعو يض، لأنه لا تعارض في هذه الحالات بين الحكم بالتعو يض في الدعوى المدنية و بين الحكم بالبراءة في الدعوى الجزائية.

الفرع الثاني
المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية

٤٢٥ ــ نطاق كل من المسؤوليتين : تتحقق المسؤولية العقدية اذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه العقدي أو نفذه على وجه معيب الحق ضرراً بالدائن؛ أما المسؤولية التقصيرية فتتحقق اذا أخل شخص بما فرضه القانون من التزام بعدم الاضرار بالغير. وتحديد نطاق كل من المسؤوليتين والتمييز بينهما يثير مسائل ثلاث : أولا ــ بيان الشروط الواجب توافرها لقيام المسؤولية العقدية. وثانيا ــ فائدة التمييز بين المسؤوليتين. وثالثا ــ مسألة الخيرة بينهما.

٤٢٦ ــ شروط تحقق المسؤولية العقدية : تتحقق المسؤولية العقدية بتوافر شرطين : الأول عقد صحيح بين الدائن والمدين؛ والثاني أن يكون الضرر الذي أصاب الدائن راجعاً الى عدم تنفيذ هذا العقد، وسنبحث في كل من هذين الشرطين.

---

١. تمييز حقوق في ١٨/٥/١٩٨١ مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٨١. س٢٩، ع ١ ــ ١٢ رقم ٨١/١٤٢، ص ١٥٩٤، وما قررته المحكمة من أن «للحكم الجزائي الصادر من المحكمة الجزائية في موضوع الدعوى الجزائية بالبراءة وعدم المسؤولية أو بالاسقاط أو بالادانة والشيء المحكوم به أمام المحاكم المدنية في الدعوى التي لم يفصل فيها نهائيا» المرجع السابق سنة ١٩٨٥، س٣٣، ع ٣ ــ ٤ رقم ٨٤/٤٣٩، ص٤٥٨.

الشرط الأول ــ وجود عقد صحيح بين الدائن والمدين : يشترط لقيام المسؤولية العقدية وجود عقد صحيح بين الدائن والمدين (١) فاذا لم يوجد عقد أصلا كما في حالة النقل على سبيل المجاملة، وكما في حالة الخطأ الواقع في مرحلة المفاوضات السابقة على تمام التعاقد، أو كان العقد باطلا أو قابلا للابطال وتقرر بطلانه، فلا تقوم المسؤولية العقدية بل المسؤولية التقصيرية (٢)، وقد أتى المشرع الأردني بتطبيق لهذا الشرط في المادة ١٣٤ مدني التي تنص على أنه «١ ــ يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد. ٢ ــ غير أنه اذا لجأ الى طرق احتيالية لاخفاء نقص أهليته لزم التعويض (٣)». ومعنى ذلك أنه اذا أبطل العقد لنقص أهلية العاقد، فلا يمنع ذلك من الرجوع عليه بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية بسبب الطرق الاحتيالية التي استعملها في إخفاء نقص أهليته.

على أنه لا يكفي وجود عقد صحيح لقيام المسؤولية العقدية، بل يجب أن يكون هذا العقد مبرما بين المسؤول والمضرور؛ فمن يحرض آخر على الاخلال بالتزامه يكون مسؤولا أمام المضرور مسؤولية تقصيرية لأنه لا تربطه به رابطة تعاقدية، على حين يكون العاقد الذي أخل بالتزامه مسؤولا أمامه مسؤولية عقدية.

وقد آثار هذا الشرط بعض الشك فيما يتعلق بجواز رجوع المنتفع على المتعهد في الاشتراط لمصلحة الغير على أساس المسؤولية العقدية، و يميل القضاء الفرنسي الى منح المنتفع ــ بالرغم من أنه ليس طرفا في العقد ــ دعوى المسؤولية العقدية على اعتبار أنه يتلقى من عقد الاشتراط حقا مباشراً يجيز له مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه، كما يجيز له الرجوع عليه على أساس المسؤولية العقدية في حالة اخلاله بهذا الالتزام. وقد طبق القضاء الفرنسي هذا الحكم بالنسبة لعقد النقل، فقرر أن المسافر في تعاقده مع أمين النقل يشترط لمصلحة زوجه واولاده، فاذا أخل أمين النقل بتنفيذ التزامه بضمان السلامة كان لهؤلاء الرجوع عليه على أساس المسؤولية العقدية.

الشرط الثاني ــ أن يكون الضرر ناشئا عن عدم تنفيذ العقد : يشترط لترتيب المسؤولية العقدية أن يكون الضرر الذي لحق المضرور راجعا الى عدم تنفيذ المدين لالتزام فرضه عليه العقد، وعلى ذلك اذا كان الضرر ليس راجعا الى عدم تنفيذ التزام عقدي فلا تقوم مسؤولية المدين العقدية بل مسؤوليته التقصيرية.

---

١. تمييز حقوق في ١٩٨٢/٥/٩ مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٨٢، س ٣٠، ع ٨ ــ ١٢، رقم ٥٥٤/٨١، ص ١١٣٠.

٢. تمييز حقوق في ١٩٨٠/٧/٣٠ مجلة نقابة المحامين س ٢٩، ع ٥ ــ ٨، رقم ٢٩٧/ ٨٠، ص ٦٤٩.

٣. تقابل المادة ١١٩ من التقنين المدني المصري.

والأصل أن عدم تنفيذ أي التزام ناشيء عن العقد، سواء كان التزاما أصليا أم التزاما تبعيا، يرتب مسؤولية المدين العقدية، غير أنه اذا كان تحديد الالتزامات الأصلية كالتزام البائع بتسليم المبيع أمراً ميسورا، الا أن الحال على خلاف ذلك فيما يتعلق بالالتزامات التبعية، إذ يصعب في بعض الاحيان معرفة ما اذا كان العقد قد أنشأ هذا الالتزام التبعي أم لا، ولا سبيل لتعرف حقيقة الأمر الا بتحليل العقد للوقوف على مدى الالتزامات التي قصد المتعاقدان ترتيبها، وهنا نجد اتجاها ظاهراً في القضاء، وعلى الأخص القضاء الفرنسي، الى توسيع دائرة الالتزامات العقدية بقصد التخفيف عن المضرور فيما يتعلق بعبء الاثبات، لأنه في الالتزام العقدي بتحقيق نتيجة يكفي أن يثبت الدائن عدم تحقيق النتيجة حتى يفترض وقوع الخطأ من جانب المدين، وقد ظهر هذا الاتجاه واضحا فيما يتعلق بتقرير الالتزام بضمان السلامة في عقد النقل.

٤٢٧ ـ **فائدة التمييز بين المسؤوليتين :** حاول بعض الشراح حصر هذه الفائدة في ناحية نظرية تتمثل في دراسة المسؤولية العقدية عند دراسة آثار الالتزام أي آثار الحق باعتبار ان هذه المسؤولية لا تثور الا بمناسبة عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي، ودراسة المسؤولية التقصيرية عند دراسة مصادر الالتزام أي مصادر الحق.

وقد حاول البعض الآخر من الشراح رد هذه الفائدة الى ناحية عملية تتمثل في تحديد الطرف الذي يتحمل عبء الاثبات، فالمضرور أي الدائن في المسؤولية التقصيرية هو الذي يتحمل عبء الاثبات، على حين أن الامر ليس كذلك في المسؤولية العقدية.

الحقيقة أن مسألة تحديد الطرف الذي يتحمل عبء الاثبات هي كما سبق أن أشرنا إنما ترجع الى نوع الالتزام، ففي الالتزام بتحقيق نتيجة يكفي أن يثبت الدائن عدم تحققها حتى يفترض تقصير المدين، و يكون على هذا الأخير أثبات السبب الاجنبي لدفع المسؤولية؛ على حين أنه في الالتزام ببذل عناية يتعين على الدائن اثبات تقصير المدين حتى تشغل مسؤوليته، علما بأنه في المسؤولية التقصيرية التزام المدين هو عادة التزام ببذل عناية.

والواقع أن أهمية التفرقة بين هاتين المسؤوليتين تنحصر في الامور الآتية :

أولا ـ الأهلية : فأهلية التمييز تكفي في القانون المصري لقيام المسؤولية التقصيرية، ولا يشترط التمييز في القانون المدني الاردني لقيامها (م ٢٥٦)، على حين أن كمال الأهلية لازم في أكثر العقود لنشوء العقد ولتحقق المسؤولية العقدية.

ثانيا ـ الاعذار : فالاعذار كقاعدة عامة شرط لقيام المسؤولية العقدية وللمطالبة بالضمان، أما في المسؤولية التقصيرية فلا حاجة الى الاعذار (م ٣٦١ مدني اردني).

ثالثا ـ مدى الضمان : ففي المسؤولية العقدية يكون الضمان أي التعويض عن

الضرر المباشر المتوقع، اما في المسؤولية التقصيرية فيكون التعويض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع (م ٢٢١ مدني مصري).

رابعا ــ التضامن : فالتضامن في حالة تعدد المسؤولين تعاقدياً لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون (م ٢٧٩ مدني مصري)، على حين أنه ثابت قانونا في حالة تعدد المسؤولين في المسؤولية التقصيرية في القانون المصري (م ٢٦٥)؛ وكذلك الأمر في القانون المدني الاردني اذا وقع الفعل الضار من عدة أشخاص، دون استطاعة تعيين من أحدث الضرر حقيقة منهم، أو تحديد نصيب كل منهم في إحداثه (م ٢٦٥ مدني اردني)(١).

خامسا ــ الاعفاء الاتفاقي من المسؤولية : يجوز في القانون المصري كقاعدة عامة الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية العقدية (م ٢/٢١٧ مدني)، على حين أن مثل هذا الاتفاق يقع باطلا بالنسبة للمسؤولية التقصيرية (م ٣/٣١٧).أما في القانون المدني الاردني فلا يجوز الاتفاق على الاعفاء في أي من المسؤوليتين (م ٢٧٠ و٢/٣٦٤).

سادسا ــ عدم سماع الدعوى : فدعوى الضمان الناشئة عن الفعل الضار لا تسمع بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر و بالمسؤول عنه أو بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار (م ٢٧٢ مدني أردني)؛ أما في حالة المسؤولية العقدية فلا تسمع الدعوى الا بانقضاء مدة واحدة هي خمس عشرة سنة (م ٤٤٩ مدني أردني).

٤٢٨ ــ **الخيرة بين المسؤوليتين :** قد يجتمع في العمل الواحد شروط المسؤولية العقدية وشروط المسؤولية التقصيرية، وهنا تثور مسألة الجمع بين المسؤوليتين كما تثور مسألة الخيرة بينهم (Cumul ou Concours des résponsabilités).

فأما مسألة الجمع بين المسؤوليتين فلا خلاف بين الفقهاء على عدم جوازها، فلا يجوز للدائن مثلا المطالبة بتعويضين،تعويض على أساس المسؤولية العقدية وآخر على أساس المسؤولية التقصيرية، لأنه لا يتصور التعويض مرتين عن الضرر الواحد.

كذلك لا يجوز للدائن وإن طالب بتعويض واحد أن يجمع في دعواه المدنية بين خصائص المسؤولية العقدية وخصائص المسؤولية التقصيرية وفقا لما يفيده من كل منها، والا ظهرت دعوى غير معروفة لا هي بالعقدية ولا هي بالتقصيرية. أخيراً لا يجوز

---

١. راجع تمييز حقوق، وقد جاء في القرار «أن كل إضرار بالغير يلزم فاعله بالضمان عملا بالمادة ٢٥٦ من القانون المدني الاردني، وان شركة التأمين مسؤولة مع المدعى عليه بضمان الضرر بالتكافل استناداً لعقد التأمين (مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٧٩، س٢٧، ع٧ ــ ١٢، رقم ٧٩/١٠١، ص ١٠٥٠).

للدائن اذا رفع احدى الدعوتين فخسرها أن يلجأ الى الدعوى الأخرى.

أما مسألة الخيرة (option) بين المسؤوليتين، بمعنى اختيار الدائن لأصلح الدعو يين له متى توافرت شروطها فقد آثارت الخلاف في الفقه والقضاء. فمن الشراح من يرى جواز الخيرة بين المسؤوليتين، على أساس أن الدعوى يجوز رفعها متى توافرت شروطها، فاذا توافرت شروط المسؤولية العقدية وشروط المسؤولية التقصيرية كان الدائن بالخيار بينهما، ولكن اذا تخير احدى الدعو يين فخسرها فلا يجوز له بعد ذلك الالتجاء إلى الأخرى. ومنهم من يرى أن دعوى المسؤولية العقدية تجب دعوى المسؤولية التقصيرية لأن العلاقة بين الدائن والمدين مرجعها العقد وحده، وهذا هو الرأي الغالب والسائد في الفقه المصري(١).

١. المرحوم الاستاذ السنهوري، الوسيط بند ٥١٤. وراجع «مازو» جـ١، بند ١٨٨ وما بعده، وريبير وبولانجيه» بند ٩٣٣، وما بعده، ومصطفى مرعي المسؤولية المدنية بند ٢٨.

الفصل الثاني
المسؤولية التقصيرية في الفقه الغربي

٤٢٩ ـ **نشأة المسؤولية التقصيرية** :اختلطت فكرة المسؤولية الجنائية بفكرة المسؤولية التقصيرية في الجماعات البدائية الأولى، اذ كان للمضرور أن يقتص بنفسه من محدث الضرر عن طريق الأخذ بالثأر، وكان يجد في هذا الجزاء عقابا للفاعل وتعويضا للضرر، غير أن فكرة الأخذ بالثأر تظاءلت فيما بعد وحلت محلها فكرة الدية (poena)، وقد كانت الدية اختيارية في أول الأمر ثم اصبحت اجبارية؛ كما كان تحديد مقدارها متروكا لاتفاق المضرور مع محدث الضرر، ثم تدخلت الدولة بعد ذلك فحددت مقدار الدية من ناحية وتولت بنفسها توقيع العقاب على بعض الجرائم من ناحية أخرى، و بذلك ظهرت فكرة المسؤولية الجنائية ممثلة في العقاب وفكرة المسؤولية التقصيرية ممثلة في التعويض. وسنتناول فيما يلي بحث تطور فكرة المسؤولية التقصيرية في الفقه والقوانين الغربية اعتباراً من القانون الروماني.

٤٣٠ ـ **القانون الروماني** : يرد الفقهاء تاريخ المسؤولية التقصيرية الى القانون الروماني، بيد أن هذا القانون لم يضع قاعدة عامة في شأن هذه المسؤولية، ولم يصل حتى في أواخر تطوره، الى تقرير وجوب التعويض عن كل خطأ أحدث ضرراً بالغير، بل كان التعويض، وهو الدية الاجبارية، قاصراً على بعض الأفعال التي حددتها القوانين، وكان أهم هذه القوانين هو قانون (aquilia) «أكيليا» الذي ينص على بعض أنواع التلف كموت أو جرح العبد أو الحيوان أو أتلاف بعض الأشياء المادية الأخرى(١).

٤٣١ ـ **القانون الفرنسي القديم** : أبصر فقهاء القانون الفرنسي القديم بأوجه الخلاف بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية ففرقوا بينهما، كما ميزوا في داخل المسؤولية المدنية بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية، ووضعوا في شأن المسؤولية التقصيرية قاعدة عامة توجب التعويض عن كل خطأ أحدث ضرراً بالغير، وقد وضع هذه القاعدة في عبارة صريحة زعيم فقهاء هذا القانون وهو «دوما» (Domat) في كتابه «القوانين المدنية».

٤٣٢ ـ **القانون المدني الفرنسي** : سجل واضعوا القانون المدني الفرنسي سنة ١٨٠٤ ما انتهى اليه شراح القانون الفرنسي القديم من تفرقة بين المسؤولية الجنائية

١. «جيرار» موجز القانون الروماني سنة ١٩٢٩؛ «بونيه» موجز القانون الروماني سنة ١٩٤٧؛ عمرو ممدوح مصطفى ١٩٦١؛ صوفي ابو طالب، الوجيز في القانون الروماني سنة ١٩٦٥.

والمسؤولية المدنية، وما قرروه في شأن المسؤولية الأخيرة من وجوب ارتكازها على فكرة الخطأ، ونصوا على ذلك صراحة فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية في المادة ١٣٨٢ التي تقضي بأن «كل عمل أيا كان يلحق ضرراً بالغير يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه». كما نصوا على ذلك أيضا في المادة ١٣٨٣ التي تتناول الخطأ غير المتعمد أي ما يقع نتيجة أهمال أو عدم تبصر، و بعد أن انتهوا من وضع المبدأ العام في شأن المسؤولية التقصيرية في هاتين المادتين تناولوا في المواد ١٣٨٤ ـ ١٣٨٦ تطبيقات خاصة للمسؤولية التقصيرية تتعلق بالمسؤولية عن الأولاد والتلاميذ وصبيان الحرفة، ومسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ومسؤولية حارس الحيوان، ومسؤولية حارس البناء. وقد كانت هذه المواد عماد الفقه والقضاء في وضع نظرية المسؤولية التقصيرية التي أخذت تتطور في فرنسا منذ وضع التقنين المدني حتى وقتنا هذا.

٤٣٣ ـ **تطور نظرية المسؤولية التقصيرية:** أخذت نظرية المسؤولية التقصيرية تتطور منذ وضع التقنين المدني الفرنسي سنة ١٨٠٤، غير أنه ابتداء من سنة ١٨٨٤ أخذ فريق من الفقهاء في مهاجمة فكرة الخطأ التي تستند اليها هذه النظرية، محاولين بذلك إحداث انقلاب شامل في أساسها، فنادوا بوجوب تأسيس هذه المسؤولية على فكرة الضرر لا على فكرة الخطأ، وسنتناول بحث هذا التطور في جانبه الفقهي ثم القضائي وأخيراً التشريعي في الفقه الغربي.

التطور الفقهي: لم يجادل الفقهاء حتى أواخر القرن التاسع عشر في وجوب توافر الخطأ كركن في المسؤولية التقصيرية، غير أنه لما كان في استلزام الخطأ للرجوع على الفاعل بالتعويض ما قد يؤدي الى ضياع حق المضرور اذا عجز عن أثبات هذا الخطأ، خاصة بعد استعمال الآلات الميكانيكية وقيام الصناعات الحديثة، ذهب فريق من الشراح وعلى رأسهم «سالي» و«جوسران» الى وجوب قيام المسؤولية التقصيرية على فكرة الضرر لا على فكرة الخطأ[1]، ذلك أن الضرر قد يقع بلا خطأ من أحد، فمن الذي يجب أن يتحمله، المضرور وهو لا يد له في وقوعه، أم محدث الضرر أي من أنشأ وضعا خطراً ترتب عليه هذا الضرر؟ والجواب الطبيعي أن الذي عليه تحمل التبعة في هذه الحالة هو محدث الضرر لأنه هو الذي استفاد من الوضع الخطر الذي أوجده، فيجب عدلا أن يتحمل ما يترتب عليه من ضرر أخذاً بقاعدة «الغنم بالغرم».

وقد عرفت هذه النظرية بنظرية «تحمل التبعات المستحدثة»

---

١. «سالي»، حوادث العمل والمسؤولية المدنية ١٨٩٧؛ «جوسران» المسؤولية عن الأشياء غير الحية ١٨٩٧؛ «كولان وكابيتان» جـ٢، بند ١٨٤؛ «بلانيول» المجلة الاقتصادية مايو ١٩٠٥.

(théorie des risques creés) أو النظرية الموضوعية (théorie objective)؛ والفرق بين هذه النظرية وسابقتها، وتعرف بالنظرية الشخصية (théorie subjective) أن المسؤولية التقصيرية تؤسس على فكرة الخطأ ولو كان مفروضا فرضا لا يقبل اثبات العكس في النظرية الشخصية، على حين أنها تقوم على فكرة الضرر وحده في النظرية الموضوعية.

واذا كان أصحاب النظرية الموضوعية قد نجحوا إلى حد ما في حمل المشرع الفرنسي على الأخذ بمذهبهم في بعض التشريعات الخاصة كقانون اصابات العمل الصادر في ٩ أبريل ١٨٩٨، إلا أنهم عجزوا مع ذلك عن فرض نظريتهم على رجال الفقه الذين استمروا على تأييدهم للنظرية الشخصية الذي انبرى الفقيهان «بلانيول وكابيتان» للدفاع عنها.

التطور القضائي :ساير القضاء الفرنسي التطور الذي صحب فكرة المسؤولية التقصيرية، غير أنه لم يصل مع ذلك إلى التسليم بالنظرية الموضوعية، بل على العكس عمل على استبعاد هذه النظرية حتى في الحالات التي مهدت لظهورها وهي حالات الاضرار الناشئة عن الحوادث، ذلك أنه اذا كان المشرع قد تولى تنظيم هذا الأمر بالنسبة لحوادث العمل، الا أنه بقيت غيرها من الحوادث التي يتعين فيها الأخذ بيد المصاب ومساعدته على الحصول على حقه في التعويض بتيسير عبء الاثبات عليه. ولم يلجأ القضاء الفرنسي كما قدمنا، لتحقيق هذا الغرض إلى فكرة تحمل التبعة، بل لجأ الى نصوص القانون المدني وبخاصة نص الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ التي تقرر مسؤولية الشخص عن أفعاله وحدها، بل كذلك عن أفعال الأشخاص المسؤول عنهم، والأشياء التي في حراسته. وقد كانت هذه الفقرة مهملة حتى هذا الوقت على اعتبار أنها مجرد ترديد لما سجله المشرع في شأن مسؤولية الشخص عن أفعال الغير في الفقرات اللاحقة من المادة ١٣٨٤، وعن مسؤوليته عن الحيوان في المادة ١٣٨٥، وعن مسؤوليته عن البناء في المادة ١٣٨٦. غير أن القضاء الفرنسي، وعلى الأخص قضاء محكمة النقض رأى إعمال هذه الفقرة على خلاف مرمى الشارع منها، فقرر أن هذه الفقرة خاصة بالمسؤولية عن الأشياء الأخرى غير الحيوان والبناء، وبذلك وضع أسس نظرية المسؤولية عن الأشياء غير الحية، وقد أسند هذه المسؤولية إلى فكرة الخطأ المفترض من جانب حارس الشيء؛ وذهب في بادىء الأمر الى جواز نفي هذه القرينة، ثم اشترط بعد ذلك أن يكون الشيء لم يحركه فعل الانسان والا كانت قرينة لا يجوز دفع دلالتها إلا باثبات السبب الأجنبي.

التطور التشريعي : استعرضنا حتى الآن تطور المسؤولية التقصيرية في الفقه والقضاء الفرنسيين، ورأينا كيف أن القضاء وإن استجاب لضرورات الحياة الاجتماعية

والاقتصادية الحالية فوسع من نطاق هذه المسؤولية عن طريق افتراض الخطأ، إلا أنه
لم يصل مع ذلك إلى حد الأخذ بنظرية تحمل التبعة كنظرية عامة؛ كذلك كان مسلك المشرع الفرنسي الذي لم يأخذ بهذه النظرية إلا في حالات معينة أهمها حوادث العمل.

٤٣٤ ـ **المسؤولية التقصيرية في القانون المصري:** استقى المشرع المصري في التقنين المدني السابق أحكام المسؤولية التقصيرية من القانون الفرنسي، وقد تأثر في ذلك بما انتهى إليه قضاء المحاكم الفرنسية من افتراض الخطأ في حالات معينة؛ ولذلك وضع أولا القاعدة العامة التي تقوم على الخطأ الواجب الاثبات في المادة ١٥١ مدني التي تقضي بأن «كل فعل نشأ منه ضرر يوجب ملزومية فاعله بتعو يض الضرر»، ثم تناول بعد ذلك حالات الخطأ المفروض في المادتين ١٥٢ و١٥٣ مدني؛ فتكلم في مسؤولية المكلف بالرقابة، ومسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، وأخيراً في المسؤولية عن الحيوان؛ ولكنه أغفل النص على المسؤولية الخاصة بالبناء والمسؤولية عن الأشياء غير الحية.

وقد سار المشرع المصري في التقنين الحالي على هدى التقنين السابق فيما يتعلق بأسس المسؤولية التقصيرية، وإن كان قد عالج في النصوص الجديدة ما شاب أحكام القانون السابق من غموض أو نقص في هذا الشأن، فتناول من أحوال الخطأ المفروض المسؤولية عن البناء والمسؤولية عن الأشياء التي تحتاج الى عناية خاصة أو الأشياء الميكانيكية عموما.

هذا و يلاحظ أن نظرية تحمل التبعة لم تجد لها مكاناً في القانون المصري، فأعرض عنها غالبية الفقهاء إلا نفر قليل؛ ونبذها القضاء وعلى الأخص قضاء محكمة النقض عدا قلة من الأحكام القديمة، وأحجم عنها المشرع ولم يأخذ بها إلا في حالات خاصة اقتضتها الظروف الاجتماعية والاقتصادية، من ذلك القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٤٢ بشأن التعو يض عن التلف الذي يصيب المباني والمصانع والمعامل والآلات الثابته بسبب الحرب، والقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٤ بشأن تعو يض أفراد طاقم السفن التجارية ضد أخطار الحرب، والقانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٨ بشأن تنظيم الارشاد بميناء الاسكندرية.

الفصل الثالث
المسؤولية التقصيرية في الفقه الاسلامي

٤٣٥ ـ **المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية**: للتفرقة بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية في الفقه الاسلامي، يتعين تحديد ما اذا كان العمل غير المشروع قد تناول حقاً من حقوق الله أو حقا من حقوق العبد.

وحق الله تعالى ما يتعلق به النفع من غير اختصاص بأحد، فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه (١).

والاعتداءات على حق من حقوق الله تدخل في فكرة الجريمة العامة وجزاؤها عقوبة عامة(٢)

والعقوبة العامة في الشريعة الاسلامية لا يجوز فيها العفو أو الابراء او الصلح، و يفوض استيفاؤها إلى الامام، و يجري فيها التدخل، أي لا يقام على الجاني الا حد واحد ولو تكررت الجناية، وتتنصف بالرق، فالعبد عليه نصف الحد الذي يقام على الحر، ولا يجري فيها الارث، فلا تنتقل إلى ورثة الجاني فيعاقبون مكانه بعد موته، ولا الى ورثة المجني عليه يطالبون باستيفائها بعد موت مورثهم، إذ أن استيفاءها مفوض إلى الأمام لا المجني عليه ولا لورثته.

١. حقوق الله ثمانية: عبادات خالصة كالايمان، وعقوبات خالصة كالحدود، وعقوبات قاصرة كالحرمان من الميراث، وحقوق دائرة بين الأمرين كالكفارات، وعبادات فيها معنى المؤونة كصدقة الفطر، ومؤونة فيها معنى العبادة كالعشر، ومؤونة فيها معنى شبه العقوبة، وحق قائم بنفسه كخمس الغنائم (المرحوم الاستاذ السنهوري مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ١ سنة ١٩٥٤، ص٤٧).

٢. العقوبات العامة في الشريعة الاسلامية هي: الحد والتعزير في حقوق الله والكفارة والحرمان من الميراث. والحد هو عقوبة مقررة واجبة حقا لله تعالى وهي قطع اليد في السرقة، والرجم والجلد مائة في الزنا، والجلد ثمانين في الشرب (من شراب معين ولو لم يسكر) والجلد ثمانين في السكر (من شراب بشرط أن يسكر)، والجلد ثمانين في القذف، و يضاف الى هذه الحدود حد قاطع الطريق، وهو قطع يده ورجله من خلاف إن أخذ المال ولم يقتل، والقتل إن قتل ولم يأخذ المال، والقتل والصلب بعد قطع اليد والرجل أو دون قطع إن أخذ المال وقتل، والنفي إن اخاف دون أن يأخذ مالا أو يقتل نفسا.

والتعزير في حقوق الله يكون في جناية في حق ليس لها حد مقرر شرعا. و يجب إما بجناية ليس في جنسها ما يوجب الحد، وإما بجناية في جنسها الحد لكنه لم يجب لفقد شرطه. و يقع بالحبس أو الضرب أو الكهر والاستخفاف بالكلام. ومعنى نلك أن الجنايات في حق الله، في غير الحدود المقررة، متروك تقديرها للقاضي من حيث تحديد الفعل ومن حيث تقدير العقوبة.

والكفارة عقوبة تجب في القتل الخطأ وهي عتق رقبة مؤمنة سليمة من العيوب المضرة بالعمل، فان لم يكن ممكناً فصيام شهرين متتابعين، وفي حالة العجز إطعام ستين مسكينا.

أما الحرمان من الميراث فيوقع على القاتل الذي كان يرث المقتول.

أما حق العبد فهو ما تتعلق به مصلحة خاصة كالدية والضمان في الاعتداء يصيب الجسم أو المال، وجزاؤه القصاص أو الدية في الاعتداءات الجسمانية، والضمان في الاعتداءات التي تقع على المال،أي أن حق العبد يدخل في منطقة القانون الخاص، وهو ما يتصل بدراستنا.

وجزاء حق العبد إما عقوبه خاصة أو ضمان أو جزاء يدور بين العقوبة والضمان. والعقوبة الخاصة هي:

أولا ــ التعزير في حقوق العبد، وهو كالتعزير في حقوق الله من حيث وجوبه في جناية ليس لها حد مقرر في الشرع.

ثانياً ــ القصاص و يجب فيما تمكن فيه المماثلة بين المحلين، وقد جاء في القرآن الكريم «وكتبنا عليهم أن النفس بالنفس والعين بالعين والجروح قصاص». فهو يجب إذن في القتل العمد، وفي الجناية عمداً على ما دون النفس إذا أمكن المماثلة بين المحلين في المنافع والفعلين، فمن قطع اصبع آخر عمدا قطع اصبعه، ومن قلع عينا لآخر قلعت عينه... وهكذا.

والعقوبة الخاصة، على نقيض العقوبة العامة تتميز بأنه يجوز فيها العفو والابراء والصلح، و يفوض استيفاؤها إلى المجني عليه أو وليه، ولا يجرى فيهاالتداخل فتتكرر العقوبة بتكرر الجناية، ولا تتنصف بالرق، فعقوبة العبد مثل عقوبة الحر، و يجري فيها الارث من جهة المجني عليه، ولا يجري الارث من جهة الجاني.

هذا و يلاحظ أن القانون الجنائي في الفقه الاسلامي لم ينفصل انفصالا تاما عن القانون المدني كما تم ذلك في الفقه الغربي. فالجرائم التي تعتبر اليوم في الفقه الغربي جرائم جنائية يعاقب عليها في الفقه الاسلامي تارة بعقوبات عامة أي عقوبات جنائية كالحدود والتعزير في حقوق الله، وتارة بعقوبات خاصة وهي التعزير في حقوق العبد والقصاص، وتارة بجزاء يجمع بين معنى العقوبة ومعنى الضمان كالدية.

كما يلاحظ أن الجزاء في الفقه الاسلامي يتدرج من العقوبة العامة الى العقوبة الخاصة الى جزاء يدور بين العقوبة والضمان الى ضمان محض، وفي هذا تدرج ملحوظ من العقوبة الجنائية إلى التعويض المدني (١).

١. يلاحظ أن عقوبة القتل العمد وهي القصاص تعتبر عقوبة خاصة فيجوز فيها العفو والابراء والصلح، بينما ترتفع عقوبة القذف إلى مصاف العقوبات العامة، فلا يرد عليها شيء من ذلك، وهو ما يدل على عدم تطور القانون الجنائي في الفقه الاسلامي (المرحوم الدكتور السنهوري، المرجع السابق، جـ١، ص٣٨ في الهامش). وانظر احمد محمد ابراهيم، القصاص في الشريعة الاسلامية، رسالة من القاهرة سنة ١٩٤٤.

والجزاء الذي يدور بين العقوبة والضمان يتمثل فيما يأتي:

أولا ــ الدية: وهي مائة من الابل أو ألف دينار أو عشرة آلاف درهم، وتجب في القتل غير العمد والجناية على دون النفس من غير عمد على عضو تمكن فيه المماثلة.

ثانيا ــ الأرش: وهي جزء من الدية، فاذا تعدد العضو الذي تمكن فيه المماثلة واصيب بعض منه فالدية تجب بنسبة ما أصيب وتسمى في هذه الحالة أرشا(١).

ثالثا ــ حكومة العدل: وتكون في الجناية على ما لا تمكن فيه المماثلة، عمداً ذلك أو غير عمد. و يترك تقدير الجزاء للقاضي، وهذا هو معنى حكومة العدل. أي حكومة العدل في المسؤولية التقصيرية تقابل التعزير في المسؤولية الجنائية ــ سواء كان التعزيز في حقوق الله أو في حقوق العبد ــ وذلك من حيث السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي.

و يستفاد مما تقدم أن حكومة العدل، وهي تمتاز عن القصاص والدية والأرش بالمرونة، تكاد تضع قاعدة في الفقه الاسلامي من مقتضاها أن الفعل غير المشروع الذي يصيب الجسم فيما لا تمكن فيه المماثلة و يندرج تحت ذلك أكثر الجراح والشجار وأكثر ضروب الأذى ــ عمداً أو عن غير عمد، يوجب التعويض بمقدار متروك لتقدير القاضي.

وهذا المبدأ الهام المتعلق بالفعل غير المشروع الذي يصيب الجسم، يكمل مبدأ آخر يتعلق بالفعل غير المشروع الذي يصيب المال، وهو الضمان بخاصة في الاتلاف والغصب. وعلى أساس هذين المبدأين تقوم المسؤولية التقصيرية في الفقه الاسلامي؛ وبذا نصل الى قاعدة شبه عامة وهي أن الفعل غير المشروع الذي يصيب جسم الانسان أو ماله يستوجب التعويض، وهذه هي المسؤولية المدنية.

٤٣٦ ــ **الضمان:** هو ما يقابل فكرة التعويض المدني المعروفة في الفقه الغربي مع أختلاف في بعض الأحكام. والضمان لدى فقهاء المسلمين إما ضمان عقد، وإما ضمان يد، وإما ضمان اتلاف.

أما ضمان العقد أو الضمان الذي سببه العقد فهو ضمان مال تالف ضماناً يستند الى عقد يقتضي الضمان، من ذلك هلاك المبيع بآفة سماوية وهو في يد البائع قبل تسليمه إلى المشتري، فضمانه على البائع بمعنى أن المشتري لا يلزم بدفع الثمن و ينفسخ البيع لعدم استطاعة البائع الوفاء بتسليم المبيع.

أما ضمان اليد فالمقصود به الضمان الذي سببه اليد، بمعنى الضمان الذي

---

١. تجب نصف الدية في اليد الواحدة وربعها في أحد أشفار العين الأربعة والعشر في الأصبع ونصف العشر في السن.

يترتب على وجود الشيء في يد غير المالك، فاذا كانت اليد يد أمانة وهلك الشيء دون تعد ولا تقصير فان صاحب اليد لا يضمن، أما اذا كان قصر أو تعدى فان يده تصبح يد ضمان، فاذا هلك الشيء ولو بآفة سماو ية فانه يهلك عليه بمثله أو قيمته.

أما ضمان الاتلاف أو بعبارة أعم ضمان الفعل فهو أن يأتي شخص فعلا يلحق ضرراً بآخر كأن يتلف له نفسا أو عضواً أو مالا. والاتلاف إما مباشرة أو تسبباً، و يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين الفعل و بين الضرر، فاذا انقطعت فلا ضمان(١)، وهذه هي المسؤولية التقصيرية.

هذا و يلاحظ أن الفقه الاسلامي لم يضع قاعدة عامة في شأن المسؤولية التقصيرية، تقضي بأن كل فعل غير مشروع يلحق ضرراً بالمال يوجب الضمان أي يوجب التعو يض، بل نص الفقهاء على حالات يجب فيها الضمان وهي السرقة، وقطع الطريق، والتغرير، والغصب والاتلاف. واذا كانت الجريمة تستوجب عقو بة عامة، اجتمعت العقوبة مع الضمان.

---

١. المذكرات الايضاحية جـ١، ص ٢٧٢ وما بعدها.

الفصل الرابع
المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي

٤٣٧ ـ **حالات المسؤولية :** تشمل المسؤلية التقصيرية في القانون الوضعي سواء في ذلك القانون المدني المصري أو القانون المدني الأردني مسؤولية الشخص عن فعله، ومسؤوليته عن فعل الغير، وأخيراً مسؤوليته الناشئة عن الأشياء[١].

الفرع الأول
مسؤولية الشخص عن فعله

٤٣٨ ـ **القاعدة العامة في المسؤولية :** يقصد بالقاعدة العامة في المسؤولية تلك التي تتحقق بمناسبة الأعمال التشجيعية، أي تلك التي تصدر من المسؤول نفسه، وأساس هذه المسؤولية في الفقه الغربي والقانون المدني المصري هو الخطأ الواجب الاثبات، أما في الشريعة الاسلامية والقانون المدني الأردني فهو الفعل الضار ولو صدر من غير مميز.

وسنتناول فيما يلي بث هذه المسؤولية في القانونين المصري والأردني، مع ما يستتبع ذلك من مقارنة.

المبحث الأول
أركان المسؤولية

٤٣٩ ـ **بيان الأركان :** تقوم المسؤولية التقصيرية كالمسؤولية العقدية على أركان ثلاثة هي: الفعل والضرر، وعلاقة السببية ما بين الفعل والضرر؛ والى هذه الأركان الثلاثة أشارت المادة ١٦٣ من التقنين المدني المصري بقولها «كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض». وسنتناول فيما يلي كل ركن من هذه الأركان.

---

١. راجع في هذا الموضوع: «هنري لالو» المسؤولية المدنية، جـ٦ سنة ١٩٦٢؛ «بلانيول وريبير» جـ٢ سنة ١٩٤٩؛ «مازو» المسؤولية التقصيرية والعقدية جـ١، سنة ١٩٦٥؛ حسين عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، المرحوم السنهوري، الوسيط الجزء الأول.

المطلب الأول
الفعل

٤٤٠ ــ **وصف الفعل** : يشترط لقيام المسؤولية التقصيرية في القانون المدني المصري أن يكون الفعل من قبيل الخطأ، فالمسؤولية في هذا القانون لا تقوم كقاعدة عامة الا اذا كان الفعل خطأ، أما في القانون المدني الاردني فلا يشترط الخطأ، بل يكفي الفعل أن يكون ضاراً؛ والخطأ كما سنرى يتضمن ركنين أحدهما مادي وهو التعدي، والآخر معنوي وهو الادراك، وهذا الركن الأخير لا يتطلب لقيام المسؤولية التقصيرية في القانون المدني الاردني على ما سنرى.

وسنعرض فيما يلي لبيان فكرة الخطأ، ثم نستعرض تطبيقات للفعل الضار نص عليها المشرع الاردني.

أولا ــ أركان الخطأ

٤٤١ ــ **تعريف الخطأ** : يتوقف تحديد أركان الخطأ على التعريف الذي يعطى له؛ ولو أن إعطاء تعريف للخطأ ليس بالأمر الهين، إذ لم يختلف الفقهاء في أمر كاختلافهم في هذا الموضوع، ولذا تباينت تعريفات الخطأ تبايناً كبيراً (١).

غير أن الفقه في مصر يميل إلى الأخذ بالتعريف التقليدي للخطأ، وهو انحراف في سلوك الشخص مع ادراكه لهذا الانحراف. وهذا التعريف كما هو ظاهر، يبنى الخطأ على ركنين : أحدهما مادي وهو الانحراف والتعدي، وهذا الركن يكفي بمفرده لقيام المسؤولية التقصيرية في القانون الاردني؛ والآخر معنوي وهو الادراك.

وسنتناول بحث هذين الركنين مع الأخذ في الاعتبار أن التعدي يقابل الفعل الضار في الفقه الاسلامي والقانون الاردني.

١ ــ التعدي أو الفعل الضار

٤٤٢ ــ **معيار التعدي** : ذكرنا أن الركن المادي في الخطأ هو التعدي أو الانحراف في السلوك، وأن التعدي يقابل الفعل الضار أي الفعل الذي يؤدي إلى الضرر في ذاته، وهذا الفعل وحده يستوجب الضمان في الفقه الاسلامي والقانون الأردني.

---

١. «اوبرى ورو»، الجزء الرابع، الطبعة الخامسة ص١٦٢؛ «ديجي» التغييرات في القانون العام ص٢٢٩. «بلانيول وريبير»، جـ٢، بند ٨٦٣؛ «سافتييه» المسؤولية المدنية جـ١، بند ٤، «ديموج» الالتزامات، جـ٣، بند ٢٢٥.

ولكن كيف يقاس التعدي أو بعبارة أخرى ما هو المعيار الذي يرجع إليه في تحديد الانحراف ؟

يفرق شراح الفقه الغربي فيما يتعلق بهذا المعيار بين الفعل المتعمد وغير المتعمد، فاذا كان الفعل متعمداً أي قصد به صاحبه الاضرار بالغير (faute délictuelle) فان المعيار يكون عندئذ معياراً ذاتياً أي شخصياً بمعنى أن القاضي يرجع إلى المسؤول نفسه ليبحث في مكنون ضميره وخفايا صدره.

هذا و يلحق الشراح والقضاء الخطأ الجسيم بالفعل العمد في الحكم، ذلك أن الخطأ الجسيم ولو انه غير متعمد الا أنه بسبب جسامته لا يتصور وقوعه من أكثر الناس إهمالا أو غباء، فتجنبا لادعاء مقترف العمد في الفقه الغربي الغباء تهربا من نتائج فعله، ذهب الشراح منذ عهد القانون الروماني إلى الحاق الخطأ الجسيم بالخطأ العمد في الحكم. وطبيعي أنه ليس لهذا البحث محل في الفقه الاسلامي الذي يكتفي في الفعل أن يكون ضاراً لكي يستحق الضمان، وهو الحكم الواجب الأخذ به في القانون الأردني.

أما اذا كان العمل أو الفعل الضار غير عمدي أي وقع نتيجة الاهمال (quasi deliuctuelle) فلا يؤخذ في قياس التعدي بالمعيار الذاتي لان هذا المعيار مبناه درجة اليقظه لدى الشخص، يؤدي في الفقه الغربي الى محاسبة الرجل الشديد اليقظة على اقل هفوة تصدر منه، على حين يؤدي إلى افلات معتاد الأهمال من مسؤوليته عن الخطأ اليسير، هذا بالاضافة الى ما يقتضيه هذا المعيار من بحث في عادات المسؤول لمعرفة درجة يقظته، ثم يقاس ما وقع منه الى المألوف من سلوكه لمعرفة ما إذا كان يعتبر إنحرافا أم لا، ولا يخفي ما في هذا البحث من نصب ومشقة. ولهذا استقر الفقه والقضاء في مصر على الأخذ في هذه الحالة بمعيار مجرد، فيقاس سلوك المسؤول بسلوك الشخص العادي، وهو شخص يمثل أواسط الناس، فلا هو شديد اليقظة ولا هو معتاد الاهمال.

وهذا المعيار هو نفس المعيار الذي أخذنا به كمقياس للخطأ العقدي في حالة الالتزام ببذل عناية، وهو ما كان يطلق عليه الرومان أسم رب الاسرة المعنى بأمور نفسه، وعلى هذا النحو ينسب سلوك من وقع منه الفعل الضار الى سلوك الشخص العادي، فاذا كان العمل الحادث لا يعتبر انحرافاً إذا قيس بسلوك الشخص العادي فلا يتحقق التعدي أو الانحراف، أما اذا كان يعتبر انحرافا بالقياس إلى سلوك الشخص العادي، فيعتبر ما وقع منه تعديا سواء كان هذا الشخص في سلوكه الشخصي أي الذاتي شديد اليقضة أم مفرط الاهمال.

والاعتداد بسلوك الشخص العادي لقياس الانحراف أو التعدي، إذا كان يتطلب عدم الأخذ بالظروف الداخلية الخاصة بالمسؤول (circantances internes) وهي الظروف التي ترجع إلى طبيعة الشخص ونفسيته وعاداته وحالته الصحية كظروف المرض أو تهدم الأعصاب أو ضعف الابصار، او التي ترجع إلى سنه بأن كان صبياً أو شابا أو شيخا، أو الى جنسه بأن كان رجلا أو امرأة؛ الا أن هذا القياس يفترض عدم إسقاط الظروف الخارجية (circanstances exernes) كظرف المكان أو الزمان، بمعنى أنه يجب الاعتداد في قياس مسلك المسؤول بما يكون عليه مسلك الشخص العادي لو وجد في مثل ظروفه الخارجية، فسائق السيارة الذي يقع منه الانحراف مثلا، يعتد في مسلكه عند قياسه بمسلك الشخص العادي بالمكان الذي كان يسير فيه، بأن كان مدينة أم قرية، طريقا مزدحماً أم طريقا غير مطروق، كثير المنحنيات أم مستقيماً، كما يعتد بظرف الزمان كالليل أو النهار، أو بأي ظرف خارجي آخر كحالة الجو بأن كان صحواً أو ممطراً.... الخ. (١) ـ

٤٤٣ ـ **التعدي أو الاضرار بالفعل أو بالترك :** لا فارق فيما يتعلق بالتعدي أي الاضرار أن يتخذ انحراف الشخص مظهراً إيجابيا أو مظهرا سلبيا، ذلك أن الامتناع أو الترك يعتبر عملا غير مشروع اذا كان هناك واجب قانوني ينهى عنه، كوجوب إضاءة مصابيح السيارة ليلا مثلا.

غير أن من شراح الفقه الغربي من يفرق بين مجرد الترك (simple abstention pure et) وبين الامتناع المصحوب بنشاط سابق من المسؤول (abstention dans Ĺaction) فمجرد الترك حيث لا يوجد التزام سابق بعمل لا يترتب أية مسؤولية مدنية على الشخص، كما لو امتنع عن انقاذ غريق، لأن في القول بغير ذلك اعتداء على الحرية الفردية وانتقاص لها، لأن مد يد المساعدة الى الغير واجب أخلاقي وليس بواجب قانوني. أما الامتناع المصحوب بنشاط سابق من الفرد فموجب لمسؤوليته، كما لو امتنع سائق السيارة عن إضاءة مصابيحها ليلا أو عن استعمال آلة التنبيه عند اللزوم.

غير أن غالبية الشراح في فرنسا لا يميلون إلى هذه التفرقة و يقررون مسؤولية الممتنع ما دام قد انحرف في سلوكه عن سلوك الشخص العادي، سواء في ذلك كان هذا الانحراف مصحوباً بنشاط سابق من جانبه أم كان مجرد ترك، وهذا هو الرأي الراجح في القضاء الفرنسى، وقد لقى هذا الرأي سنداً قانونياً في التعديل الذي أدخله

---

١. «هنري وليون مازو، واندريه تونك» المسؤولية المدنية جـ١، بند ٤٣٦ وما بعدها، المرحوم الاستاذ السنهوري الوسيط بند ٥٢٩، سليمان مرقص، الفعل الضار، بند ٨٥.

المشرع الفرنسي على المادة ٦٣ من قانون العقوبات بالمرسوم الصادر في ٢٥ يونيه سنة ١٩٤٥ حيث اعتبر مجرد امتناع الشخص عن مساعدة الغير دون تعرضه شخصياً لخطر ما جريمة أما في مصر فيذهب الشراح إلى أن ما يندب اليه الشخص اخلاقاً دون أن يفرض عليه قانوناً لا يعتبر تركه موجباً للمسؤولية.

وفي الفقه الاسلامي اختلفت المذاهب في هل يعتبر الكف أي الامتناع سبباً للضمان إذا تسبب عنه تلف مال لآخر، كأن رأى إنسان مالا لآخر معرضا للتلف بنار مثلا، وكان في قدرته انقاذه ولم يفعل فتلف.

ذهب المالكية وأهل الظاهر الى تضمينه في هذه الحال بناء على أنه قد ترك واجباً عليه وهو المحافظة على مال أخيه المسلم مع قدرته على ذلك، ومن ترك واجباً فترتب على تركه ضرر مباشر ضمن.

أما في الفقه الحنفي فانه يشترط في اقتضاء الضمان التعدي، في حين أنه الاعتداء في الامتناع.

٤٤٤ ـ **التعدي في المسؤولية عن الأخطاء الفنية:** لا يشترط الفقهاء فيما يتعلق بالانحراف الموجب للمسؤولية أن يكون على درجة معينة من الجسامة، فالانحراف سواء كان جسيما أم يسيراً يعتبر تعدياً بالقياس إلى سلوك الشخص العادي، غير أن ظلا من الشك قد ثار بالنسبة لمسؤولية رجال الفن من أطباء وصيادلة ومحامين ومهندسين، عن الأخطاء الفنية التي قد تقع منهم عند مزاولتهم عملا من أعمال مهنتهم.

وهذه المسؤلية هي غالباً مسؤولية عقدية، لأن الطبيب مثلا لا يقوم بعلاج المريض إلا بناء على طلبه أو طلب نائبه. وسواء اعتبرت هذه المسؤولية عقدية أم اعتبرت تقصيرية لعدم وجود اتفاق، فان الالتزام في الحالتين واحد، هو التزام ببذل عناية.

وقد كان من رأي فريق من الفقهاء أنه نظراً لعنصر الاحتمال الكامن في كل علاج طبي نتيجة عدم اكتمال هذا الفن، وما يشاهد فيه كل يوم من اكتشافات حديثة، يجب التمييز فيما يتعلق بمسؤولية الأطباء بين الخطأ المهني والخطأ العادي: ففيما يتعلق بالخطأ المهني يشترط حتى يسأل الطبيب أن يكون هذا الخطأ جسيما، أما فيما يتعلق بالخطأ العادي وهو ما قد يقع من الطبيب بمناسبة مزاولته عمله، كما لو أجرى عملية جراحية وهو في حالة سكر، فيعامل بالنسبة له معاملة أي شخص آخر، أي يكون معيار الانحراف بالنسبة له هو معيار الشخص العادي.

غير أن التفرقة بين الخطأ المهني والخطأ العادي منتقدة الآن، لأنه فضلا عن عدم وجود ضابط دقيق للتفرقة بينهما، فان القول بمسؤولية الطبيب في حالة الخطأ الفني الجسيم فقط، فيه حرمان للمريض من واجب الحماية ضد الأخطاء الفنية، ولذا يذهب الفقه والقضاء الآن، إلى الأخذ بمعيار الشخص العادي في كل ما قد يقع من الطبيب من أخطاء بلا تفرقة بين الخطأ المهني والخطأ العادي، غاية الأمر أنه بالنسبة للخطأ الفني يجب أن يكون المعيار فيه معيار شخص فني كذلك من أواسط رجال الطب، مع مراعاة طائفه الأطباء التي ينتمي إليها الطبيب المعالج بأن كان اخصائيا أو غير إخصائي (١).

٤٤٥ ـ **معيار التعدي في مسؤولية الناقل بالمجان**: اذا كان من الشراح من يرى أنه في حالة النقل على سبيل المجاملة (transport béné voLe gratuit) تكون مسؤولية الناقل عقدية، الا أن الرأي الراجح فقها وقضاء يذهب الى عكس ذلك، أي يرى أن مسؤولية الناقل بالمجان هي مسؤولية تقصيرية لانتفاء أي رابطة تعاقدية بينه وبين الراكب المصاب.

غير أن الاتفاق على طبيعة المسؤولية لا يمنع من الخلاف على نوع الخطأ أو التعدي، فيذهب رأي إلى أن الناقل لا يسأل إلا عن خطئه الجسيم، على اعتبار أن الراكب قد قبل في هذه الحالة إخلاء مسؤولية الناقل أو بالأقل قد ارتضى النقل مع قبول تبعة الأخطاء التي تحدث؛ غير أن الرأي السائد الآن فقها وقضاء لا يرى محلا للتخفيف من مسؤولية الناقل بالمجان لانهامسؤولية تقصيرية لا يجوز الاتفاق على الاعفاء منها، وهذا الرأي يتفق وما جاء في المادة ٢٧٠ من القانون المدني الاردني من أنه «يقع باطلا كل شرط يقضي بالاعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار». وبناء على ذلك يؤخذ في شأن مسؤولية الناقل بالمجان بمعيار الشخص العادي في كل ما قد يقع منه من أخطاء، فيسأل حتى عن خطئه اليسير.

٤٤٦ ـ **الاضرار بالمباشرة أو التسبب**: تنص المادة ٢٥٧ من القانون المدني الأردني على أنه «١ ـ يكون الاضرار بالمباشرة أو التسبب. ٢ ـ فان كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له، واذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر». هذه المادة مأخوذة عن الفقه الاسلامي، وهي كما هو ظاهر تفرق بين المباشر والمتسبب فيما يتعلق بشروط المسؤولية، أي بشروط

---

١. انظر في مسؤولية الطبيب؛ «مازو وتونك» جـ١، بند ٥٠٧ وما بعده؛ «كولان وكابيتان» جـ٢، بند ٩٢٨ وما بعده؛ «بلانيول وريبير واسمان» جـ١، بند ٥٢٤؛ «جوسران» جـ٢، بند ١٢٨٧؛ «لالو» بند ٤٢٢؛ «سافَتييه» بند ٧٧٥ وما بعده.

الضمان. فاذا كان الاضرار كالاتلاف بالمباشرة فلا يشترط لقيام مسؤولية المباشر التعمد أو التعدي، أما إذا كان الاضرار بالتسبب فيشترط التعمد أو التعدي، وقد صاغ الفقه الاسلامي هذين الحكمين في قاعدتين هما: «المباشر ضامن ولو لم يتعمد أو يتعد» و«المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد أو التعدي».

ولكن ما المقصود باصطلاحي «التعمد» و«التعدي»؟ يقصد بكلمة التعمد هنا تعمد الضرر وليس تعمد الفعل، فالشخص قد يتعمد الفعل ولا يقصد به الضرر، ولكن يقع الضرر كنتيجة غير مقصودة، كمن يحيط أرضه بسياج من الأسلاك الشائكة، فيحتك بها حيوان للغير فيصاب بجروح. أما التعدي فيقصد به كما هو معروف ألا يكون للشخص حق في إجراء الفعل الذي نتج عنه الضرر.

والاضرار كالاتلاف مباشرة هو اتلاف الشيء نفسه دون أن يتخلل فعل المباشر والتلف فعل آخر ككسر إناء للغير؛ أما الاتلاف تسبباً فيكون باتيان فعل في شيء يفضي الى تلف شيء آخر، ومن الامثلة التي يعطيها الفقه على ذلك ان من قطع حبل قنديل معلق، فسقط القنديل على الأرض وانكسر، يكون قد اتلف الحبل مباشرة، وكسر القنديل تسببا.

هذا و يلاحظ كما تقول المادة ٢٥٨ مدني أردني أنه «إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر»، من ذلك أنه اذا حفر شخص بئراً في طريق عام، فألقى أحد حيوان شخص آخر في ذلك البئر ضمن الذي القى الحيوان لأنه المباشر، ولا ضمان على حافر البئر لأنه متسبب، لأن حفر البئر في حد ذاته لا يستوجب تلف الحيوان.

كذلك يلاحظ كما تقول المادة ٢٦٠ اردني أنه «ليس لمن أتلف ماله شخص أن يتلف مال ذلك الشخص والا ضمن كل منهما ما أتلفه». ذلك أن القاعدة أن «لا ضرر ولا ضرار»، والضرر لا يزال بمثله، وليس للمظلوم أن يظلم بما ظلم، فاذا أتلف شخص مال غيره في مقابل اتلاف هذا الأخير لماله، كان كل منهما ضامنا للآخر ما اتلف.

٤٤٧ ـ **الاضرار بالتغرير**: الاضرار بالتغرير نوع من أنواع الفعل الضار تناوله الفقه الاسلامي والمشرع الاردني في المادة ٢٥٩ مدني التي تنص على أنه «اذا أغر أحد آخر ضمن الضرر المترتب على ذلك الغرر».

والغرور هو حمل شخص على قبول مالا خير فيه بوسيلة كاذبة مضللة ترغب فيه بدعوى أن فيه مصلحة. والغرور كما قد يكون في العقود قد يكون في الافعال؛ وهو على ما سبق أن بينا يفسد العقود إذا تسبب عنه غبن فاحش.

والأصل في الفقه الاسلامي أن الغرور لا يوجب الرجوع الا بالشرط، ومن الأمثلة الفقهية على ذلك، أنه لو قال شخص لآخر اسلك هذا الطريق فانه آمن فسلكه فأخذ اللصوص ماله، فلا ضمان، لأن على المغرور التروي والنظر، بعكس ما لو قال له اسلك هذا الطريق فانه آمن، فاذا كان غير آمن وأخذ اللصوص مالك فأنا ضامن، فهنا يجب الضمان.

والغرور بالفعل في القانون المدني الاردني يوجب الضمان ضمان تسبب، أي يراعى فيه ما يشترط في التضمين بالتسبب من شروط.

٤٤٨ ـ **مشروعية التعدي** : إذا كان الأصل في التعدي أن يعتبر عملا غير مشروع، الا أن هناك حالات ترتفع فيها عنه هذه الصفة فلا يترتب على وقوعه أيه مسؤولية من جانب محدث الضرر، وهذه هي حالة الدفاع الشرعي (état el dégitime defense)، وحالة تنفيذ أمر صادر من الرئيس؛ و بجانب هاتين الحالتين اللتين نص عليهما كل من القانونين المصري والاردني، نص القانون المصري كذلك على حالة ثالثة لم يذكرها القانون الأردني وهي حالة الضرورة (état de Necéssité).

وسنتناول فيما يلي كل حالة من هذه الحالات التي تعتبر من قبيل أسباب الاباحة المعروفة في القانون الجزائي.

٤٤٩ ـ **حالة الدفاع الشرعي** : تنص المادة ٢٦٢ مدني أردني على أن «من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله، كان غير مسؤول على ألا يجاوز قدر الضرورة والا أصبح ملزماً بالضمان بقدر ما جاوزه»(١).

وقد تعرض الفقه الاسلامي لحالة الدفاع الشرعي، وانتهى فيها الى انتفاء المسؤولية عمن يوجد في هذه الحالة من ذلك قول الفقهاء من «أراد أن يكره غلاما أو امرأة على فاحشة فلم يستطيعا دفعه إلا بالقتل فدمه هدر»، وأساس هذا الحكم هو إقرار المبدأ القاضي بوجوب اختيار أهون الشرين واخف الضررين اذا لم تكن عن احداهما مندوحة، ومبدأ وجوب تحمل الضرر الاخف لدفع الضرر الأشد، وأن الضرورات تبيح المحضورات وتقدر بقدرها.

وظاهر من المادة ٢٦٢ مدني أردني أنه يجوز من الناحية المدنية كما يجوز من الناحية الجزائية، إعفاء الشخص من المسؤولية إذا وجد في حالة دفاع شريطة أن تتوافر شروطها. وشروط الدفاع الشرعي هي؛

---

١. تقابل المادة ١٦٦ من التقنين المدني المصري.

أولا ـ وجود خطر الاعتداء : إذا كان وقوع الاعتداء فعلا يبرر للمعتدي عليه دفعه، الا أنه لا يشترط لقيام حالة الدفاع الشرعي أن يكون الاعتداء قد وقع فعلا، بل يكفي ان يكون قد وقع فعل يخشى منه وقوع هذا الاعتداء، وتقدير أن الفعل يستوجب الدفاع يكفي فيه أن يكون مبنياً على أسباب معقولة تبرر ذلك.

ولا يشترط في الخطر المتوقع أن يكون خطراً حقيقيا، بل يكفي أن يكون كذلك في تقدير المدافع متى بنى هذا التقدير على أسباب معقولة تقرها محكمة الموضوع (١).

ثانيا ـ أن يكون الخطر حالا : يشترط لقيام حالة الدفاع الشرعي أن يكون الخطر المهدد به مداهما أي حالا، سواء تناول هذا الخطر نفس المدافع أو ماله أو نفس الغير أو ماله، وسواء كان هذا الغير من أقارب المدافع أم لم يكن.

واشتراط كون الخطر المهدد به حالا أي وشيك الوقوع أمر طبيعي، لأنه إن لم يكن كذلك ففي استطاعة الشخص الذي يخشى وقوع الاعتداء عليه الالتجاء الى السلطة العامة لحمايته.

كذلك يمتنع الالتجاء الى الدفاع الشرعي اذا كان الاعتداء قد وقع فعلا وترتب آثاره أو انقطع خطره، والا تحولِ الامر الى الأخذ بالثأر (كما لو فر اللص تاركا وراءه الاشياء المسروقة)، ولهذا رأينا أن المادة ٢٦٠ مدني اردني تنص على أنه «ليس لمن أتلف ماله شخص أن يتلف ما لذلك الشخص والا ضمن كل منهما ما أتلفه».

ثالثا ـ أن يتعين دفع الخطر بالفعل الذاتي : يشترط أيضاً لقيام حاله الدفاع الشرعي ألا يكون أمام المعتدى عليه إلا الالتجاء الى القوة لدفع الاعتداء الواقع، ولا يعتبر الهرب وسيلة لتجنب الاعتداء، لأن القانون لا يمكن أن يطالب الانسان بالهرب عند خشية الاعتداء عليه، لأن الهرب من قبيل الجبن الذي لا يتفق واحترام النفس.

رابعا ـ أن يكون الخطر الحال غير مشروع : لأنه لو كان مشروعاً لا عتبر دفعه غير مشروع و بناء عليه لا يجوز الادعاء بحق الدفاع الشرعي لمقاومة رجل الشرطة عند القبض على الجاني، أو لمقاومة المحضر عند توقيع الحجز على أموال المدين. و يكون الأمر كذلك ولو تجاوز الموظف العام عند أدائه واجبات وظيفته حدود سلطته، ما دام هذا التجاوز قد تم بحسن نية و بناء على أسباب معقولة أدت إلى اعتقاده أنه يقوم بعمل يعتبر داخلا في حدود سلطته (٢).

---

١. «بلانيول وريبير واسمان» ج ٦، بند ٥٦٣.

٢. سليمان مرقص، المرجع السابق بند ١١٢ والمراجع التي أشار اليها في هامش ١.

خامسا ـ أن يكون دفع الاعتداء بقدر: أي أن يكون دفع الاعتداء من جانب المعتدي عليه في غير افراط، والا أصبح مجاوزا لحدود الدفاع الشرعي، فتحقق مسؤوليته على أساس الخطأ المشترك، والخطأ المشترك يستوجب تعو يضا مخففا، ولذا نصت المادة ٢٦٢ مدني أردني «على الا يجاوز (أي المدافع) قدر الضرورة والا أصبح ملزما بالضمان بقدر ما جاوزه».

وفكرة الخطأ المشترك التي تسند الحكم بالتعو يض المخفف في حالة تجاوز حدود الدفاع الشرعي هي التي تتفق وقياس مسلك المدافع مسلك الشخص العادي اذا وجد في مثل ظروفه، فاذا كان دفع الاعتداء قد تم بقدر وفقاً لمقياس الشخص العادي، فلا يعتبر المدافع قد تجاوز حدود الدفاع؛ واذا كان ما صدر منه يعتبر انحرافا بالقياس لمسلك الشخص العادي اعتبر متجاوزا لحدود الدفاع الشرعي، أي اعتبر بدوره معتدياً، ولذا تطبق أحكام الخطأ المشترك.

٤٥٠ ـ **حالة تنفيذ أمر صادر من الرئيس:** الأصل أن أداء الانسان للواجب المفروض لا يؤدي الى مساءلته ولو ترتب على ذلك إضرار بالغير، سواء في ذلك كان الفاعل موظفاً عاماً أم شخصاً عادياً، ما دام قد أدى الواجب دون تقصير أو أهمال، وسواء في ذلك قد تلقى الأمر بأداء هذا الواجب من رئيس إداري أم من القانون مباشرة.

وعلى هذا الأساس لا يسأل رجل الشرطة الذي يقوم ـ دون انحراف ـ بتنفيذ أمر صادر إليه بالقبض على المتهم وإحضاره؛ كما لا يسأل الطبيب اذا أوجب عليه القانون التبليغ عن المصابين بأمراض معينة ـ خاصة في حالة انتشار و باء ـ بالرغم مما في التبليغ من مخالفة للالتزام الأصلي للطبيب بعدم إفشاء سر المهنة، و بالرغم مما قد يترتب على هذا التبليغ من ضرر للمريض المبلغ عنه.

أما إذا انحرف الشخص أثناء آداء واجبه، سواء كان موظفا عاما أم شخصاً عادياً، فلا جدال في أن هذا الانحراف يعتبر خطأً. غير أن المشرع خشي أن يكون الخوف من الانحراف عند أداء الواجب مدعاة لتردد الموظفين العامين في آداء واجباتهم المفروضة عليهم مما يضر بالمصلحة العامة، ولذا رأى أن يقطع عليهم سبيل التردد، وعن طريق تجنيبهم المسؤولية في هذه الحالة، سواء في ذلك كانت مسؤولية جزائية أم مسؤولية مدنية.

وعلى هذا الأساس وضعت المادة ٢٦٣ من القانون المدني الاردني التي تنص على أنه «١ ـ يضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبرا، على أن الاجبار المعتبر في التصرفات الفعلية هو الاكراه الملجيء وحده. ٢ ـ ومع ذلك لا يكون

الموظف العام مسؤولا عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذ لأمر صدر إليه من رئيسه متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو كان يعتقد أنها واجبه وأقام الدليل على اعتقاده بمشروعية العمل الذي وقع منه، وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة وأنه راعى في عمله جانب الحيطة والحذر» (١).

تتناول الفقرة الأولى من هذه المادة حالة قيام شخص بفعل بناء على أمر صدر اليه من شخص آخر، وتضيف الفعل اليه لا الى الآمر ما لم يكن مجبراً. فاذا أمر شخص آخر بهدم جدار فهدمه، فالمسؤول عن الهدم هو الهادم لا الآمر إلا إذا اجبره الآمر على الهدم.

والاجبار يتم عن طريق أحد طرق الاكراه، ولكن لا يعد كل إكراه سببا للاعفاء من المسؤولية بالنسبة إلى الفاعل والقائها على الآمر إلا إذا كان اكراها ملجئا (٢).

أما الفقرة الثانية فتتناول حكم الموظف العام، وتقرر أن إطاعة أمر الرئيس ترفع عن المرؤوس كل مسؤولية إذا توافرت الشروط الآتية:

أولا ـ أن يكون من وقع منه الفعل موظفاً عاماً، وعلى ذلك لا ينصرف حكم المادة ٢/٢٦٣ مدني أردني الى من وقع منه الفعل اذا كان شخصا عاديا، كما هو الشأن بالنسبة للوكيل عند تنفيذ تعليمات الموكل، أو بالنسبة لمدير الشركة عند تنفيذ قرارات مجلس الادارة.

ثانياً ـ أن تكون طاعة أمر الرئيس واجبة. و يلاحظ هنا أنه لا يشترط في الرئيس أن يكون الرئيس المباشر للفاعل المرؤوس، كما يلاحظ أن الطاعة المطلوبة لا تقتصر على الرئيس بل تنصرف ايضا للأمر الصادر منه، لأن الرئيس ولو أن طاعته واجبة «قد يصدر أمراً غير واجب الطاعة، فان نفذه المرؤوس كان مسؤولا.

ثالثاً ـ أن يثبت الموظف العام أنه كان يعتقد مشروعية الأمر الصادر اليه من الرئيس، وأن هذا الاعتقاد مبني على أسباب معقولة لا على مجرد الظن. كما لو أصدر ضابط شرطة أمراً الى أحد رجاله بالقبض على متهم وحبسه دون أن يستصدر أمراً بذلك من النيابة العامة، وكان المرؤوس يعتقد أنه قد تم استئذان النيابة العامة.

---

١. تقابل الفقرة الثانية من المادة ٢٦٣ مدني اردني المادة ١٦٧ من التقنين المصري. وانظر في مسؤولية الآمر والمأمور في الشريعة الاسلامية رسالة محمود سيد جمعه في المسؤولية التقصيرية في الفقه الاسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية، ص١٣٥ الى ١٥١.

٢. المذكرات الايضاحية جـ١، ص ٢٩٠.

رابعـا ــ أن يثبت الموظف العام أنه راعى في عمله جانب الحيطة والحذر، وأنه لم يقم بالعمل إلا بعد التثبت والتحري.

والحكم السابق في شأن اطاعة أمر الرئيس ينصرف كذلك إلى اطاعة أمر القانون، بمعنى أنه يكفي أن يثبت الموظف العام أنه نفذ عن حسن نية لما أمر به القانون، ولما اعتقد بناء على أسباب معقولة، بعد البحث والتحري، أنه داخل في دائرة اختصاصه.

هذا و يلاحظ هنا الفرق بين الأمر الصادر من الرئيس الاداري ــ والذي يرفع عن الفعل بالشروط السابقة صفة عدم المشروعية ــ و بين الترخيص الاداري.

فالترخيص الاداري لا يعفي من المسؤولية، بمعنى أنه إذا حصل صاحب محل من المحلات الخطرة، أو المضرة بالصحة، أو المقلقة للراحة، على رخصة بادارة محله أو مصنعه فان هذا لا يعفيه من المسؤولية عنَ الاضرار التي قد تصيب الجيران(١).

والعلة في انتفاء مسؤولية المرؤوس في الحالة التي نحن بصددها، هي كما سبق أن بينا من وجوب قياس مسلك الفاعل بمسلك الشخص العادي اذا وجد في مثل ظروفه التي حددتها الشروط السابقة. فاذا كان الشخص العادي ما كان ليمتنع عن تنفيذ أمر الرئيس في مثل هذه الظروف، فلا يمكن أن ننعى على المرؤوس تنفيذه له، و بالتالي لا يعتبر تعدياً أو انحرافاً موجبا للمسؤولية.

٤٥١ ــ **حالة الضرورة :** حالة الضرورة هي الحالة التي يجد فيها الانسان نفسه في مواجهة خطرين لا يستطيع تفادي أحدهما إلا بتحقق الآخر، ومثال ذلك ما قد يقع من سائق سيارة من قتل حيوان للغير أو إتلاف مال لآخر لتفادي قتل انسان أو اصابته بجروح، أو ما قد يحدث في حالة غرق أو حريق من إتلاف أشياء للغير في سبيل انقاذ الغريق أو إطفاء الحريق... الخ.

أي أن حالة الضرورة تضع الانسان أمام اختيار بين أمرين بعد أن يوازن بينهما ، وهي في هذا تختلف عن القوة القاهرة التي تلجىء الانسان إلى الاضرار الجاء لا قبل له بدفعه.

كذلك تختلف حالة الضرورة عن حالة الدفاع الشرعي في أنه في الحالة الآخيرة يعتبر الخطر الذي يهدد المدافع في نفسه أو ماله أو في نفس الغير أو ماله عملا غير مشروع، على حين أنه لا يعتبر كذلك في حالة الضرورة، لأن الفرض كما سنرى أن يكون مصدر الخطر أجنبياً عن مرتكب فعل الضرورة وعمن لحقه الضرر.

---

١. «مازو» جـ١، بند ٤٩٨.

ولـم يـتـعـرض الـقـانـون المدنـي الأردني لحالة الضرورة بالرغم من أن الفقه الاسـلامـي قـد تـعـرض لـهـا، وإن اختلف في شأنها؛ ذلك أن أصحاب المذهب الحنفي يـرون أن «الاضـطـرار لا يـبـطـل الـحـق»، وقد أخذت بذلك الحكم المجلة في المادة ٣٣ مـنـهـا، و بنوا على ذلك أن من قتل جملا صائلا عليه يضمن، وإن كان في قتله مضطراً لدفع الضرر عن نفسه، وأن من أكل طعام غيره لدفع مخمصة يضمن.

أمـا الشافعي فذهب الى عكس ذلك، وأسقط المسؤولية بالاضطرار لوجود الاذن والاباحة ولا تجتمع اباحة وضمان.

أمـا الـحـنـابـلـة ففرقوا بين ما اذا كان الاتلاف لدفع أذى المتلف عنه كالجمل الـصـائـل فـلا يـضـمـن، و بـيـن مـا اذا كـان لـدفـع الأذى بـه كـأكـل الـطـعـام للمضطر فيضمن (١).

وقـد تـعـرض المـشـرع المصري لحالة الضرورة فنص في المادة ١٦٨ من القانون المدنـي على أن «مـن سـبـب ضـرراً لـلـغـيـر ليتفادى ضرراً أكبر، محدقا به أو بغيره، لا يـكـون مـلـزمـاً إلا بـالـتـعـو يض الذي يراه القاضي مناسبا». وظاهر من هذا النص أنه يشترط في حالة الضرورة في القانون توافر الشروط الآتية:

أولا ــ أن يكون هناك خطر حال يهدد مرتكب فعل الضرورة أو شخصاً آخر في نفسه أو مـالـه وفي هـذا يـخـتـلـف الـقـانـون المدني عن القانون الجزائي الذي يستلزم لرفع المسؤولـيـة الـجـزائـيـة عـن الـفـاعل أن يكون الخطر مما يهدد النفس (م ٦١ جزائي مصري).

ثـانـيـا ــ أن يكون مصدر الخطر أجنبيا عن كل من مرتكب فعل الضرورة والمضرور، إذ لـو كـان مصدر الخطر مرتكب الفعل لاعتبر تعديا يوجب مسؤوليته مسؤولية كاملة وفـقـا للقواعد العامة، وإذا كان مصدر الخطر من وقع عليه الضرر لكان دفاعاً شرعياً يرفع عن المدافع كل مسؤولية.

ثـالـثـا ــ أن يـكـون الـخـطـر المراد تفاديه أكبر بكثير من الضرر الذي وقع، فان كان كذلك فـلا يـسـأل مـرتـكـب فعل الضرورة الا مسؤولية مخففة، بمعنى أن القاضي لا يـلـزمـه بـتـعـو يض كل الضرر بل بتعو يض مناسب. أما اذا كان الضرر المراد تفاديه مساو يا للضرر الواقع أو أقل منه فان المسؤولية تكون كاملة.

وعـلـة الـحـكـم الـسـابـق بـشـطـريه، أن مسلك مرتكب فعل الضرورة يجب أن يـقـاس بمسلك الشخص العادي إذا وجد في مثل ظروفه، والشخص العادي لا يرتكب

---

١. عن تقرير للشيخ محمود شلتوت ذكره سليمان مرقص في مؤلفه السابق الذكر ص ٢٧٤، هامش ٢.

خطأ بأن يضحي بحق الغير، أي لا يلحق ضرراً بالغير ليتفادى ضرراً مساو يا له أو أقل منه؛ أما إذا كان الضرر المراد تفاديه أكبر بكثير من الضرر الواقع بالغير، فان هذا يتفق ومسلك الشخص العادي، ولذا لا يعتبر مرتكب فعل الضرورة قد أتى انحرافاً أو تعدياً إن هو فعل ذلك.

غير أن المشرع المصري رأى بالرغم من انتفاء صفة التعدي عن الفعل في هذه الحالة، أن مرتكب فعل الضرورة قد استفاد من الضرر الذي الحقه بالغير بأن تفادى ضرراً أكبر سيلحق به هو، ولذا أباح للقاضي الحكم عليه بتعو يض مناسب نزولا على مقتضيات العدالة.

هذا و يلاحظ أنه يجوز لمن أصابه ضرر من جراء فعل الضرورة ــ كمن أتلف له مال مثلا لاطفاء حريق نشب في دار مجاورة ــ أن يرجع على من استفاد من ذلك على أساس الاثراء بلا سبب.

٢ ــ الادراك أو الركن المعنوي

٤٥٢ ــ اختلاف الحكم في القانون الأردني عنه في القانون المصري: لا يشترط في القانون الأردني على خلاف القانون المصري لقيام المسؤولية، أن يكون المسؤول مميزاً أي مدركاً لما في عمله من معنى الانحراف أو التعدي، وسنعرض فيما يلي لكل من هذين القانونين.

٤٥٣ ــ القانون الاردني: تنص المادة ٢٥٦ من القانون المدني الاردني على أن «كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر». وهذا الحكم مأخوذ عن الفقه الاسلامي الذي استقاه من الحديث الشريف «لا ضرر ولا ضرار»، فالفعل الضار فعل غير مشروع، ولذا يكون سببا لضمان ما ترتب عليه من تلف بصرف النظر عن قصد فاعله وإدراكه، ولذا قال الفقهاء لو أن طفلا يوم ولد انقلب على مال انسان فأتلفه ضمن ما أتلف، وكذا المجنون الذي لا يفيق إذا مزق ثوب إنسان يلزمه الضمان. أي أن القاعدة في الفقه الاسلامي أن المباشر ضامن في ماله اذا أتلف مال غيره، سواء في ذلك كان مميزاً أم غير مميز.

وإقامة المسؤولية على الضرر لا على الخطأ الذي يتطلب التمييز، وهو الحكم الذي أخذ به الفقه الاسلامي والقانون المدني الأردني، أصبح هو الاتجاه المعمول به في بعض التشريعات الحديثة كالقانون الالماني وقانون الالتزامات السو يسري والقانون البولوني، والقانون السوفيتي الذي أخذ بنظرية تحمل التبعة كقاعدة عامة

في المسؤولية؛ ونظرية تحمل التبعة كما هو معلوم لا تعتد بركن الخطأ اكتفاء بركن الضرر.

٤٥٤ ـ **القانون المصري**: تنص المادة ١٦٤ من التقنين المدني المصري على أنه «١ ـ يكون الشخص مسؤولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز. ٢ ـ ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعياً في ذلك مركز الخصوم».

ظاهر من هذا النص أن المشرع المصري يربط بين المسؤولية التقصيرية والتمييز، فمن كان مميزا ولم يكن كامل الأهلية كالصبي فوق السابعة ودون سن الرشد يسأل مسؤولية كاملة عن الضرر الذي يصيب الغير بخطئه، أما فاقد التمييز فلا يسأل عن الضرر الذي يصيب الغير بفعله. لأن هذا الفعل لا يصدق عليه في القانون المصري وصف الخطأ لتخلف ركن الادراك فيه(١). وانعدام التمييز قد يكون راجعا إلى السن أو إلى آفة عقلية أو إلى عارض مؤقت.

فالصبي دون السابعة يعتبر غير مميز في القانون المصري ولذا لا تصح مساءلته مساءلة تقصيرية، والمجنون كذلك لا تجوز مساءلته إلا اذا صدر منه الفعل الضار في فترة من فترات الافاقة، وعبء إثبات إنعدام التمييز للجنون يكون على المجنون أو من يمثله، ولا يكفي للتدليل على ذلك الاستناد الى واقعة الحجر، لأن الفعل الضار قد يقع منه كما ذكرنا وهو في فترة إفاقة، فلزم إذن إقامة الدليل على وقوعه منه وهو في حالة جنون كاملة.

والمعتوه أيضا لا تجوز مساءلته في القانون المصري إذا كان عتهه كاملا، أما اذا كان معتوها مميزاً فتجوز مساءلته عن فعله الضار لتوافر ركن الادراك في جانبه؛ أما ذو الغفلة والسفيه ولو كانا محجوراً عليهما، وكذلك من تقررت مساعدته قضائيا (م ١١٧ مدني مصري) فيجوز مساءلتهم مساءلة تقصيرية لتوافر التمييز فيهم.

أما من فقد التمييز لسبب عارض نتيجة تعاطي مسكراً أو مخدراً فلا ترفع مسؤوليته إذا كان سبب انعدام التمييز راجعا الى خطئه كما لو كان يعلم أن ما يتعاطاه سيفقده الادراك والتمييز، و يتوسع القضاء الفرنسي في مساءلة الشخص في هذه الحالة الى حد تقرير مسؤولية المجنون إذا كان الجنون راجعاً إلى الادمان على السكر أو الفجور.

---

١. انظر في شان ضرورة توافر الادراك لقيام المسؤولية في الفقه الغربي: «بلانيول وريبير و بولانجيه» ج ٢، بند ٩٦٨؛ «كولان وكابيتان ولاموراندبير» بند ١٨٨؛ «لالو» بند ٨٣٦؛ «ديموج» ج ٣، بند ٢٥٢.

أما اذا كان فقد التمييز لسبب عارض لا يرجع الى خطأ الشخص فلا يسأل عن فعله الضار، كما هو الشأن بالنسبة للمصاب بمرض النوم أو الصرع أو من كان تحت تأثير التنو يم المغناطيسي.

والمبادىء السابقة في شأن عدم مساءلة عديم التمييز لا يعمل بها بداهة الا اذا كان عديم التمييز هو محدث الضرر، أما اذا كان في مركز المضرور، ونسب إليه إهمال ساعد على وقوع الضرر، فيجب عملا بقواعد الخطأ المشترك تخفيف المسؤولية عن المسؤول.

كذلك لا يعمل بالمبادىء السابقة في شأن اشتراط التمييز اذا كان أساس الرجوع بالتعو يض هو الخطأ المفروض فرضا لا يقبل إثبات العكس، ولذا جرى الفقه والقضاء على جواز مساءلة عديم التمييز عن الضرر الذي يصيب الغير بفعل تابعه أو بفعل أشياء في حراسته.

٤٥٥ ـ **مسؤولية عديم التمييز في حالات استثنائية في القانون المصري:** إذا كان المشرع المصري قد ربط بين المسؤولية التقصيرية والتمييز، فقرر كمبدأ عام عدم جواز مساءلة عديم التمييز عن الضرر الناشىء عن فعله، الا أنه لم يأخذ بهذا المبدأ على اطلاقه، فقرر في الفقرة الثانية من المادة ١٦٤ مدني مصري أنه «ومع ذلك اذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعو يض عادل، مراعيا في ذلك مركز الخصوم». وظاهر من هذا النص أن مسؤولية عديم التمييز في هذه الحالة تتميز بأمرين:

فأما الأمر الأول فهي أنها مسؤولية مشروطة، وشرطها لا يستطيع المضرور الحصول على تعو يض من شخص آخر غير عديم التمييز: بألا يكون لعديم التمييز شخص آخر يكفله، وهذا فرض نادر الوقوع، أو أن يكون في كفالة شخص مكلف بالرقابة عليه وتعذر الحصول على التعو يض لانتفاء قرينة الخطأ من جانبة أو إعساره، فعندئذ يرجع على عديم التمييز بالتعو يض.

وأما الأمر الثاني فهي أنها مسؤولية مخففه وجوازية للقاضي، بمعنى أن الأمر متروك للقاضي فيما يتعلق بالحكم بالتعو يض ومقداره، فقد لا يحكم القاضي بالتعو يض نظراً لثراء المضرور وفقر عديم التمييز، أو نظراً لخطأ المضرور في تعريض نفسه لفعل عديم التمييز. و بالعكس قد يرى القاضي وجوب تعو يض المضرور، إما تعو يضا كاملا اذا كان فقيراً معدما وعديم التمييز واسع الثراء، وإما تعو يضا ناقصا اذا كان عديم التمييز في سعة من العيش من غير وفر. والعلة في التخفيف من

مسؤولية عديم التمييز حتى في هذه الحالة الاستثنائية، أن هذه المسؤولية لا تبنى على الخطأ بل على تحمل التبعة، لأن الخطأ يتطلب في القانون المصري الادراك، والفرض أن المسؤول فاقده(١).

٤٥٦ ـ **مسؤولية الشخص المعنوي**: إذا كانت المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي لا تزال محل خلاف لصعوبة تصور عقوبة جزائية تنزل به خلاف الغرامة والمصادرة والحل، فان مسؤوليته المدنية عقدية كانت أم تقصيرية أمر مسلم به فقها وقضاء.

فالشخص المعنوي يسأل مسؤولية عقدية اذا تخلف عن تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقود المبرمة باسمه، كما يسأل مسؤولية تقصيرية عن الاضرار التي تصيب الغير بفعل تابعيه (préposés) أو بفعل ما يطلق عليه اسم عضو الشخص المعنوي (Organe social).

وإذا كانت مسؤولية الشخص المعنوي عن أفعال تابعية هي مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، الا أن مسؤوليته عن أخطاء العضو كمجلس إدارة شركة أو جمعيتها العمومية هي مسؤولية مباشرة، لأن إرادة الشخص المعنوي من إرادة العضو فلا يمكن الفصل بينهما، ولذا يعتبر خطأ الثاني بمثابة خطأ من الأول يبرر الرجوع عليه بالتعويض على أساس المسؤولية عن الأفعال الشخصية(٢).

ثانيا ـ تطبيقات للفعل الضار

٤٥٧ ـ **بيان هذه التطبيقات**: أتى المشرع الاردني نقلا عن الفقه الاسلامي بعدة تطبيقات للفعل الضار، من ذلك: ما يقع على النفس، وما يقع على المال من إتلاف، وما يقع عليه من غصب وتعدي. وسنضيف الى هذه التطبيقات المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق.

---

١. المرحوم الاستاذ السنهوري، الوسيط بند ٥٤٠، المرحوم الاستاذ اسماعيل غانم، مصادر الالتزام ١٩٦٨، ص٤٢٦.

٢. يعتبر الوقف شخصا اعتباريا، و يمثله ناظر الوقف ولذا يكون الوقف مسؤولا عن الافعال الضارة الصادرة من الناظر.

١ ـ ما يقع على النفس

٤٥٨ ـ **النص القانوني** : تنص المادة ٢٧٣ من القانون المدني الاردني على أنه «١ ـ ما يجب من مال، في الجناية على النفس وما دونها ولو كان الجاني غير مميز هو على العاقلة أو الجاني للمجني عليه أو ورثته الشرعيين وفقا للقانون. ٢ ـ رغماً عما ورد في المادة السابقة، كل من أتى فعلا ضاراً بالنفس من قتل أو جرح أو إيذاء يلزم بالتعويض عما أحدثه من ضرر للمجني عليه أو ورثته الشرعيين أولمن كان يعولهم، وحرموا من ذلك بسبب الفعل الضار».

تتناول هذه المادة حكم ما يقع على النفس من فعل ضار كالقتل أو الجرح أو أي ضرب من ضروب الايذاء ولو كان الجاني غير مميز، فتفرق بين المال الذي يجب بسبب الجناية، وبين التعويض الذي يستحق بسبب الضرر اللاحق بالمضرور.

ففيما يتعلق بالمال الواجب بسبب الجناية وهو الديه أو الارش أو حكومة العدل، وهو الجزاء الذي يدور بين العقوبة والضمان في الفقه الاسلامي، على ما سبق أن أوضحنا، فان المسؤولية المالية في حالة القتل الخطأ أو شبه العمد، تكون على العاقلة، وعاقلة الشخص قبيلته، ومثال القتل الخطأ أن ينقلب النائم على إنسان فيقتله، أو يسقط انسان من علو على آخر في الطريق فيقتله. وأما القتل شبه العمد فهو قصد القتل بعصا صغيرة أو بحجر أو بلطمه ونحو ذلك مما لا يكون فيه الهلاك.

أما في الجناية العمد كالقتل العمد، وهو ما يكون بسيف أو سكين أو ما أشبه ذلك، فان المسؤولية المالية تكون في مال القاتل أو ورثته الشرعيين، ذلك ان العاقلة لا تعقل العمد.

أما التعويض عن الضرر الحاصل بسبب الفعل الضار، فهو من حق المجني عليه أو ورثته الشرعيين أو من كان يعولهم من أقاربه، ولو لم يكن ملزما بنفقتهم قانونا، دون تحديد لدرجة القرابة، بل الأمر متروك لتقدير القاضي.

٢ ـ إتلاف المال

٤٥٩ ـ **النص القانوني** : تنص المادة ٢٧٥ من القانون المدني الأردني على أن «من أتلف مال غيره أو افسده ضمن مثله أن كان مثلياً وقيمته إن كان قيميا وذلك مع مراعاة الأحكام العامة للتضمين».

تتناول هذه المادة المأخوذة عن الفقه الاسلامي حكم إتلاف المال. وأتلاف

المال يثير عدة موضوعات هي: المقصود بالاتلاف، وما يشترط لضمان الاتلاف، وحكم الاتلاف الجزئي، والضمان الواجب في حالة الاتلاف.

٤٦٠ ـ **المقصود بالاتلاف**: يقصد بالاتلاف هلاك المال هلاكاً كلياً بحيث لا يبقى للعين أية قيمة بعد تلفها كاحراق جميع الشيء، كما قد يقصد به هلاك المال هلاكا جزئيا باتلاف بعض الشيء.

كذلك يقصد بالاتلاف تعيب الشيء تعيباً تزول معه منافعة كلها أو معظمها أو بعضها، كما في تمزيق القماش على وضع لا يصلح معه للعرض الذي كان معد له أو يصلح لبعضه.

كذلك يقصد بالاتلاف إحداث تغيير في الشيء يذهب بكل منافعه أو ببعضها كطحن الغلال أو خبز الدقيق (١).

وأخيراً يقصد بالاتلاف تغيب الشيء في محل مجهول أو لا يتيسر الوصول إليه.

والاتلاف قد يكون بالمباشرة أو بالتسبب، على ما سبق أن ذكرنا في هذا الموضوع.

٤٦١ ـ **ما يشترط في الاتلاف**: يشترط لضمان الاتلاف أن يكون المال المتلف مملوكاً لغير المتلف، أو مملوكا للمتلف ولكن تعلق به حق الغير.

فاذا كان المال المتلف مملوكاً للغير، فان المتلف يضمنه ولو ظن أنه ماله، وعلى هذا نصت المادة ١/٢٧٧ مدني اردني بقولها «إذا أتلف أحد مال غيره على زعم أنه ماله ضمن ما أتلف»، كما هو الشأن بالنسبة للوارث الظاهر الذي يتلف مالا من أموال التركة وقع في نصيبه ثم تبين أنه غير وارث.

كذلك يضمن الشخص إذا أتلف مالا مملوكا له ولكن تعلق به حق للغير، فالراهن اذا أتلف الشيء المرهون عند المرتهن أو انقص من قيمته لزمه ضمان الرهن أو نقصه، ليكون رهنا محل ما فقد حتى لا يضار الدائن المرتهن بنقص ما ارتهنه ضماناً لدينه.

هذا و يشترط في أتلاف مال الغير أن يكون الاتلاف بغير إذن المالك، وعلى هذا نصت المادة ٢/٢٧٧ مدني اردني بقولها «أما إذا أتلفه باذن مالكه فلا يضمن».

أخيراً لا يشترط في المتلف أن يكون شخصا مميزاً، وهو ما نصت عليه المادة

١. محمد ابراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، رسالة من الاسكندرية سنة١٩٧٣، ص ٦٧ وما بعدها.

٢٧٨ مدني اردني بقولها «إذا أتلف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله». وهذا النص ما هو الا تطبيق للقاعدة العامة الواردة في المادة ٢٥٦ من إلزام الفاعل بضمان الضرر الذي الحقه بالغير ولو كان غير مميز.

٤٦٢ ـ **الاتلاف الجزئي** : تنص المادة ٢٧٦ من القانون المدني الأردني على أنه «اذا كان الاتلاف جزئيا ضمن المتلف نقص القيمة فاذا كان النقص فاحشا فصاحب المال بالخيار إن شاء أخذ قيمة ما نقص- وأن شاء ترك المال للمتلف وأخذ تمام القيمة مع مراعاة أحكام التضمين العامة».

المقصود بالنقصان كما هو ظاهر من صريح نص المادة هو نقصان القيمة ولو لم يكن هناك نقصان مادي، واذا كان النقصان فاحشاً كان لصاحب المال تركه وتضمين المتلف كل قيمته (١)؛ أما إذا كان النقصان يسيراً فيلزم المتلف بقيمة النقصان، كما يلزم به كذلك ولو كان النقص فاحشاً إذا اختار صاحب المال أخذ قيمة ما نقص. ومثال النقصان الجزئي انسكاب سائل على ثوب مما يؤثر على ألوانه و بالتالي على قيمته، وقد يكون هذا النقصان فاحشا وقد يكون يسيراً.

٤٦٣ ـ **الضمان الواجب في حالة الاتلاف** : الضمان الواجب في حالة الاتلاف كما هو ظاهر من نص المادة ٢٧٥ مدني أردني يكون بالمثل في المثليات والقيمة في القيميات، هذا اذا كان الاتلاف كلياً.

أما إذا كان الاتلاق جزئياً فيلزم المتلف بمثل ما اتلفه أو قيمته، و يقدر الضمان في الحالة الأخيرة بالفرق بين قيمة المال الذي حدث فيه الفعل الضار قبل حدوثه أي يوم التعدي أو الاتلاف، وقيمته بعد حدوثه، والفرق بينهما يتحدد على أساسه الضمان (٢).

وطبيعي أنه إذا لم يوجد فرق بين القيمتين كان الضرر غير معتبر، وكذلك إذا كان الفرق تافها لا يقيم له الناس وزناً، أو جرت العادة على التسامح فيه (٣).

---

١. تمييز حقوق ١٩٨٣/١٢/٢١ مجلة نقابة المحامين ١٩٨٤ س ٣٢

٢. تمييز حقوق ١٩٨٢/٥/٢٩ مجلة نقابة المحامين ١٩٨٢ س ٣٠،

٣. المذكرات الايضاحية ج ١، ص ٣٠٥ وما بعدها. وانظر محمد ابراه

٣ ـ الغصب والتعدي

٤٦٤ ـ **الغصب** : تنص المادة ٢٧٩ من القانون المدني الاردني على أن « ١ ـ على اليد ما أخذت حتى تؤديه. ٢ ـ فمن غصب مال على غيره وجب عليه رده اليه بالحالة التي كان عليها عند الغصب، وفي مكان غصبه. ٣ ـ فان استهلكه أو أتلفه أو ضاع منه أو تلف بتعديه أو بدون تعديه فعليه مثله أو قيمته يوم الغصب وفي مكان الغصب. ٤ ـ وعليه ايضا ضمان منافعه وزوائده»(١). وتنص المادة ٢٨٧ على أن «حكم كل ما هو مساو للغصب في إزالة التصرف كحكم الغصب».

تتناول المادة ٢٧٩ حكم الغصب، وقد عرفت المجلة في المادة ٨٨١ منها الغصب بأنه «أخذ مال أحد وضبطه بدون إذنه». والغصب قد يرد على العقار كما قد يرد على المنقول(٢)، والغصب في المنقول قد يشتبه بالسرقة ولذا يتعين التمييز بينهما لأن السرقة فيها القطع ولا حد في الغصب؛ والسرقة تتميز عن الغصب بأنها أخذ من الحرز على سبيل الاستخفاء؛ على حين أن الغصب هو إثبات اليد على مال الغير بغير إذنه، على سبيل المجاهرة والمغالبة.

والغاصب يلتزم برد المغصوب الى صاحبه في مكان غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الأمكنة، وأجرة الرد على الغاصب، كما يلتزم برد منافعه كالاجرة، وقد ذهبت محكمة التمييز الى أن أجر المثل واجب ولو كان العقار المغصوب غير معد للاستغلال أخذاً بأحكام لمادة ٢٧٩ مدني اردني وما بعدها(٣)، كل هذا مع ملاحظة أن نص المادة ٢٧٩ عام ينصرف إلى مال الغير سواء أكان هذا الغير أجنبياً أو شريكاً في المال المغصوب(٤).

والأصل هو رد عين المغصوب ما دام قائماً، بحيث لو أتى الغاصب بالقيمة أو بالمثل والمغصوب ما يزال قائماً، لا يقبل منه إلا اذا رضي بذلك المالك، وعندئذ يكون هذا من قبيل المعاوضة.

---

١. راجع في شأن الغصب والتعدي ما جاء في المذكرة الايضاحية ج ١، س٣٠٨ وما بعدها.

٢. راجع تمييز حقوق في ١٩٨٢/١١/١١ مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٨٣، س ٣١، ع ١ ـ ٤، رقم ٨٢/٤٢٩، ص ٨٩، وقد جاء في القرار أنه يعتبر مشغل العقار بعد تاريخ الفسخ غاصبا و يلزم بأجر المثل.

٣. تمييز حقوق في ١٩٨١/٦/٢٧ مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٨٢ س ٣٠، ع ١ ـ ٣، رقم ٨١/٣٤٠، ص ٧٠، وتمييز حقوق في ١٩٨٢/١١/١١ مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٨٣ س ٣١، ع ١ ـ ٤، رقم ٨٢/٤٢٩ ص ٨٩.

٤. تمييز حقوق مجلة نقابة المحامين س ٣٠، ع ١ ـ ٣ في ١٩٨١/٦/٢٧ رقم ٨١/٣٤٠، ص ٧٠.

واذا تغير مال المغصوب بسبب الهلاك أو التلف أو الاتلاف أو الاستهلاك أو العجز عن الرد بأي سبب كان؛ وكذا التغيير سواء كان تغيراً ماديا أو تغيرا في القيمة نتيجة الاستعمال أو تغير الأسعار، وسواء في ذلك كله الجزئي والكلي، وايضا التعيب تعيباً يذهب بمنفعته المعد لها عادة. فكل ذلك ينصرف إليه الحكم العام الوارد في المادة ٢٧٩ من وجوب رد عين المغصوب إن كان قائماً ومثله أو قيمته إن لم يكن قائماً.

وفي حالة الهلاك أو الاستهلاك الجزئي يرد الجزء القائم من المغصوب عينا، ومثل أو قيمة ما فات منه إلا إذا كان النقصان فاحشا، فيتعين على الغاصب أن يرد مثله أو قيمته و يأخذ المغصوب، والى هذا أشارت محكمة التمييز بقولها «اذا استولت البلدية على أجزاء من قطع أراضي المدعي دون أن تجرى معاملة استملاك أصولية فتعتبر في هذه الحالة غاصبة، و يتوجب رد المغصوب عيناً، إلا إذا غير الغاصب المال المغصوب بحيث تبدل اسمه فيكون غاصبا لقيمته و يبقى المال المغصوب له، كما تلتزم بأجر مثل الأرض المغصوبة»(١).

٤٦٥ ـ **إتلاف المال المغصوب**: تنص المادة ٢٨٠ مدني اردني على أنه «إذا أتلف أحد المال المغصوب في يد الغاصب، فالمغصوب منه بالخيار إن شاء ضمن الغاصب ولهذا أن يرجع على المتلف وإن شاء ضمن المتلف وليس للمتلف الرجوع على الغاصب».

ظاهر من النص السابق أنه إذا اتلف أحد المال المغصوب وهو في يد الغاصب، كان المغصوب منه بالخيار إن شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب إن كان من القيميات أو مثله إن كان من المثليات، وللغاصب أن يرجع على المتلف إستناداً إلى أنه قد صار مالكا للمغصوب. وإن شاء ضمن المتلف قيمته يوم إتلافه إن كان من القيميات ومثله إن كان من المثليات، وطبيعي أنه ليس للمتلف الرجوع على الغاصب.

٤٦٦ ـ **تصرف الغاصب في المال المغصوب**: تنص المادة ٢٨١ مدني على أنه «إذا تصرف الغاصب في المال المغصوب معاوضة أو تبرعاً وتلف المغصوب كلا أو بعضا في يد من تصرف له الغاصب، كان للمغصوب منه الخيار في تضمين من شاء منهما، فان ضمن الغاصب صح تصرفه، وإن ضمن من تصرف له الغاصب، رجع هذا على

---

١. تمييز حقوق مجلة نقابة المحامين س٢٩ ع ١ ـ ٦ في ١٩٨٠/٧/٢٨ رقم ١٣٩/ ٨٠ ص ٤٤.
وراجع تمييز حقوق في ٨٤/١٢/٦ وقد جاء فيه وجوب رد المغصوب بالحالة التي كان عليها عند الغصب. مجلة نقابة المحامين س٣٣، ع ٣ ـ ٤ رقم ٨٤/٧١٧ ص ٤٣٠.

الغاصب وفقا لأحكام القانون». هذه المادة تتناول حالة تصرف الغاصب في المال المغصوب سواء بعوض أو بدون عوض، وهي تعطي المغصوب منه الخيار بين الرجوع على الغاصب بالضمان أو الرجوع على المتصرف إليه. فان ضمن الغاصب صار هذا الأخير بالضمان مالكا للشيء المغصوب بأثر يستند الى وقت الغصب، ولذا يعتبر قد تصرف فيما هو ملك له. وإن ضمن المتصرف إليه كان لهذا الأخير أن يرجع على الغاصب بضمان الاستحقاق إن كان مشتريا (م ٥٠٣). أما إن كان موهوبا هبه بلا عوض فليس له ذلك (م ٥٦٨ مدني اردني).

٤٦٧ ــ **غصب المغصوب من الغاصب** : تنص المادة ٢٨٢ على أن «١ ــ غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب. ٢ ــ فاذا رد غاصب الغاصب المال المغصوب إلى الغاصب الأول يبرأ وحده، وإذا رده الى المغصوب منه يبرأ هو والأول. ٣ ــ وإذا تلف المغصوب أو أتلف في يد غاصب الغاصب فالمغصوب منه مخير: إن شاء ضمنه الغاصب الأول وإن شاء ضمنه الغاصب الثاني. وله أن يضمن مقداراً منه الأول والمقدار الآخر الثاني، فاذا ضمن الغاصب الأول كان لهذا أن يرجع على الثاني، واذا ضمن الثاني فليس له أن يرجع على الأول».

تتناول هذه المادة حالة غصب المغصوب من الغاصب، وتعطي المالك الخيار إن شاء رجع على الغاصب، وإن شاء رجع على غاصب الغاصب. فان رد الغاصب الثاني المال المغصوب إلى المغصوب منه الأصلي برىء هو والغاصب الأول، وإن رده إلى الغاصب الأول برىء هو وحده وظل الغاصب الأول ضامنا المال للمغصوب منه الأصلي.

واذا هلك المغصوب أو استهلك في يد الغاصب الثاني، كان للمالك أي المغصوب منه الاول الحق في الرجوع على أيهما بكل الضمان. فان رجع على الغاصب الأول كان لهذا أن يرجع على الغاصب الثاني، وإن رجع على الغاصب الثاني امتنع على هذا الرجوع على الغاصب الأول. كذلك له أن يرجع على كل منهما بجزء من الضمان.

هذا و يلاحظ أنه إذا اختار المالك تضمين أحد الغاصبين بكل المال المغصوب فليس له أن يطالب الآخر، مع الأخذ في الاعتبار أن للمحكمة في جميع الأحوال الحكم على الغاصب بالتعويض الذي تراه مناسبا إن رأت مبرراً لذلك (م ٢٨٣ مدني اردني).

٤٦٨ ــ **تغير المغصوب** : تنص المادة ٢٨٦ مدني أردني على أنه «١ ــ اذا تغير المغصوب بنفسه يخيّر المغصوب منه بين استرداد المغصوب أو البدل. ٢ ــ وإذا تغير

المغصوب بصورة يتغير معها اسمه يضمن البدل. ٣ ـ وإذا تغير المغصوب بزيادة الغاصب شيئاً من ماله يخير المغصوب منه بين أن يدفع قيمة الزيادة و يسترد المغصوب عينا، و بين أن يضمن الغاصب بدله. ٤ ـ وإذا تغير المغصوب بنقصان قيمته نتيجة استعمال الغاصب، يرد الغاصب العين مع تضمينه قيمة النقصان».

تتناول هذه المادة حكم تغير المغصوب، وهي تتعرض لحالات مختلفة قد تطرأ على المال المغصوب من ذلك:

١ ـ أن تغير المغصوب بنفسه أي بدون تدخل خارجي، كتغير اللون في القماش، وهنا يخير المغصوب منه بين استرداد المال المغصوب أو البدل.

٢ ـ أن يتغير المغصوب بصورة يتغير معها اسمه كما لو كان قمحاً فطحنه الغاصب وحوله الى دقيق فهنا يضمن الغاصب البدل[1].

٣ ـ أن يتغير المغصوب بزيادة القيمة بفعل الغاصب كما لو كان قماشا فخاطه ثوبا، فهنا يخير المغصوب منه بأن يدفع ما يقابل الزيادة في قيمة المغصوب وبين أن يضمن الغاصب بدله.

٤ ـ أن يتغير المغصوب بنقصان قيمته نتيجة استعمال الغاصب، كما لو كان المغصوب ثوباً واستعمله الغاصب، فهنا يرد الغاصب المال المغصوب مع دفع ما يقابل النقصان في قيمته نتيجة استعماله له.

٤٦٩ ـ **التعدي**: تنص المادة ٢٨٤ مدني أردني على أن «من كانت في يده أمانة وقصر في حفظها أو تعدى عليها أو جحدها أو مات مجهلا لها كان ضامناً لها بالمثل أو القيمة».

ومعنى هذا الحكم أن الامين كالمودع عنده أو المستعير اذا تعدى على الوديعة أو العارية، أو قصر في المحافظة عليها، امتنع عن ردها بدون وجه حق، او أنكرها[2]، او مات مجهلا لها، كان ضامناً لها بالمثل ان كانت مثليه و بالقيمة ان كانت قيمية، ولو هلكت بدون تعد منه.

٤٧٠ ـ **السرقة وقطع الطريق**: تنص المادة ٢٨٥ مدني اردني على أن «١ ـ من

---

١. راجع تمييز حقوق، قرار صادر في ١٩٨٠/٧/٢٨ سابق الذكر.

٢. راجع تمييز حقوق في ١٩٨٢/٩/٢١، مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٨٣ س ٣١ ع ١ ـ ٤ رقم ٨٢/٦٠٣ ص ٢٠٥، وقد جاء في القرار أنه «اذا أقر المدعي عليه بموجب سند خطي أنه قد استلم ثلاثة أساور ذهب لحفظها أمانة عنده على أن يعيدها عند الطلب، وقد أنكر أثناء المحاكمة استلام هذه الأمانة، فانه بهذا الجحود تنقلب يده من يد أمانة إلى يد غصب و بالتالي فانه يكون ملزماً باعادة تلك الاموال عينا أو بدفع قيمتها بتاريخ الغصب».

سرق مالا فعليه رده الى صاحبه إن كان قائما، ورد مثله أو قيمته إن استهلك ولو قضى عليه بالعقوبة. ٢ ـ وكذا من قطع الطريق وأخذ المال».

لم يختلف الفقهاء في وجوب رد العين المسروقة الى مالكها إذا كانت قائمة، ولكنهم اختلفوا في حالة تلفها؛ فذهب البعض الى أن على السارق رد قيمة العين المسروقة أو رد مثلها إن كانت مثلية، قطع أو لم يقطع، وهذا هو مذهب الشافعي، أما أبو حنيفة فذهب إلى أن الغرم والقطع لا يجتمعان، بمعنى أنه لو أقيم الحد على السارق فلا غرم عليه. وقد ثار نفس الخلاف بالنسبة إلى قطع الطريق.

أما المشرع الاردني فقد أختار كما هو ظاهر من المادة ٢٨٥ الى الأخذ برأي القائلين بوجوب رد العين أو مثلها أو قيمتها قطع أو لم يقطع، باعتبار أن المسؤولية الجنائية لا تخل بأحكام المسؤولية المدنية.

٤ ـ التعسف في استعمال الحق

٤٧١ ـ **تمهيد** : ذكرنا أن الخطأ هو انحراف في السلوك عن المألوف للشخص العادي، وهذا الانحراف قد يقع عند مباشرة رخصة أو عند استعمال حق، غير أن رجال الفقه الغربي في القرن الماضي كانوا يفرقون بين الرخصة والحق فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية، فيقررون أن الخطأ يتحقق إذا انحرف الشخص عند مباشرة الرخصة ولا يتحقق عند استعمال الحق الا إذا جاوز صاحبه حدوده المرسومة له، أما إذا ظل متلزماً هذه الحدود فلا محل لمساءلته ولو أضر استعمال حقه بالغير.
غير أن هذا الرأي ظهر قصوره وعدم انسجامه مع العدالة الاجتماعية ووجدان الجماعة في الوقت الحاضر، إذ ما معنى أن الانسان لا يسأل اذا انحرف اثناء استعماله الحق كحق الملكية، و يسأل اذا انحرف عند مباشرته لرخصة منحها له القانون. وما الفرق بين الحق والرخصة ؟ أليس مصدرهماواحداً وهو الحرية ؟ فحرية الانسان بالاجماع محدودة بحرية غيره، عليه استعمالها على وجهها الصحيح بمقدار وبحرص، أي أن الحرية ليست مطلقة بل محدودة ونسبية، فكل ما يتفرع عنها محدود ونسبي سواء أكان رخصة أم حقا، لهذا الرخصة ما هي إلا حق لم يخرج من نطاق الحرية، ولم يكتسب بعد شخصيته واستقلاله، ولكن اكتسابه لهما لا يغير من طبيعته، بل يظل محكوما بالغرض منه، إذ لكل حق غرض اجتماعي يسعى إليه، وحاجة اجتماعية يعمل على اشباعها، فان خرج عليهما فلا محل لوجوده. والملكية باعتبارها حقا لا يمكن تفسيرها وتبريرها إلا لضرورتها لمصالح الجماعة، وعلى الأخص مصالحها الاقتصادية، وفي اليوم الذي يظهر فيه أن الصالح

الشخصي لصاحب الحق لم يعد متفقا مع مصالح الجماعة، في هذا اليوم يجب أن يتغير نظام الملكية ليتمشى مع الحالة المستجدة. وعلى أساس هذا التصو ير الصحيح لفكرة الحق، ظهرت نظرية التعسف في استعمال الحقوق كحق الملكية، وحق التقاضي وحق فسخ عقد العمل... الخ (١).

٤٧٢ ـ **نشأة النظرية** : ليست نظرية التعسف في استعمال الحق (L'abus du droit) بالنظرية الحديثة، بل هي فكرة عتيقة تمتد أصولها إلى النظم القانونية القديمة، واذا كان بعض هذه النظم، كالقانون الروماني مثلا، قد اقتصر على إيراد بعض تطبيقات لها، الا أن نظما أخرى كالشريعة الاسلامية قد عرفتها كنظرية عامة تنصرف إلى كافة الحقوق، ذلك أن القرآن الكريم قد نهى في أكثر من موضع عن التعسف، خاصة بالنسبة لحق الايصاء والطلاق والتقاضي والوصاية.

ومن أحكام القرآن الكريم استمد فقهاء الشرع الاسلامي، وعلى الأخص الامام مالك والامام ابي حنيفة الأسس التي بنوا عليها نظرية التعسف، بالقياس عليها توسعوا في تطبيقاتها؛ وقد ازدهرت النظرية على أيدي فلاسفة الشريعة الغراء، كالغزالي وابن القيم الجوزية، الذين انتهوا إلى وجوب تقييد الحقوق واستعمالها بحسب الغرض الاجتماعي الاقتصادي منها، وأخذوا في سبيل ذلك بفكرة النية وأحلوها محل فكرة الشكل والمظهر في الحكم على الاعمال التي يأتيها الانسان بموجب حق أو رخصة.

وقد استقرت هذه النظرية في القرن التاسع الهجري كنظرية عامة تقوم على الأسس الآتية : أولا ـ يجب استعمال الحق بحسب الغرض منه ثانيا ـ يعتبر استعمال الحق غير مشروع إذا قصد صاحبه بعمله الاضرار بالغير، أو اذا لم يترتب على عمله نفع وتولد عنه ضرر للغير، أو اذا نتج عنه ضرر عام للمجتمع كحالة الاحتكار، أو إذا أصاب الغير من جراء هذا العمل ضرر غير عادي (٢).

٤٧٣ ـ **الأراء المناهضة للنظرية** : لم تسلم نظرية التعسف في استعمال الحق من مناهضة بعض الفقهاء لها.

---

١. انور سلطان، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، مجلة القانون والاقتصاد س١٧.
وانظر: «جوسران» التعسف في استعمال الحق؛ «جوسران» روح الحقوق ونسبيتها؛ «ريبير» قاعدة الاخلاق في الالتزامات المدنية «بورشرو» التعسف في استعمال الحق؛ «بيفنوار» الملكية والعقد.

٢. المرحوم محمود فتحي «التعسف في استعمال الحق في الشريعة الاسلامية» رسالة سنة ١٩١٢، المدونة الكبرى «امام دار الهجرة الامام مالك بن أنس الأصبحي جـ٤ و١٤ و١٥، كتاب الخراج ص٥٢ وما بعدها.

فقديماً ناهضها الامام الشافعي الذي ذهب الى أن الحقوق مطلقة لصاحبها أن يسلك في استعمالها أي طريق شاء ولو لم يكن له نفع في ذلك، بل ولو ترتب على عمله ضرر للغير؛ وأنه لا محل للرجوع إلى النية والبحث عنها، لأنه بحث عقيم، اذ يستحيل معرفة الدوافع التي يخضع لها الانسان في تصرفاته وأعماله(١).

وحديثاً عارضها بعض شراح القانون الفرنسي، كالاستاذ «اسمان» والاستاذ «بلانيول» على أساس أن من يستعمل حقه لا يأتي إلا عملا مشروعا، فاذا أتى عملا غير مشروع، فمعنى ذلك أنه تعدى حدود حقه، لأن الحق ينقضي حيث يبدأ التعسف، أي أن ما يسمى بالتعسف في استعمال الحق هو في الواقع من قبيل الأعمال التي لا تستند إلى حق.

غير أن آراء هؤلاء الشراح لم يكتب لها الغلبة، لأن الانسان قد يأتي عملا داخلا في الحدود المادية لحقه، مع ذلك تشغل مسؤوليته على أساس تعسفه في استعماله، ذلك أن من يبني في أرض جاره لا يستند إلى حق، ومن يبني في أرضه يعتبر مستندا الى حق غير أنه اذا قصد بالبناء الاضرار بالجار ومنع الضوء والهواء عنه، فانه يعتبر متعسفا في استعمال حق الملكية مما يوجب مساءلته.

٤٧٤ ـ **نظرية التعسف في القانون الاردني:** تنص المادة ٦١ من القانون المدني الاردني على أنه «الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر».

كما نص في المادة ٦٦ على أنه ١ ـ يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالا غير مشروع. ٢ ـ و يكون استعمال الحق غير مشروع:

أ) اذا توفر قصد التعدي.
ب) اذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة.
جـ) اذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر.
د) اذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة(٢).

وضع المشرع الاردني كما هو ظاهر في المادة ٦١ مبدأ عدم المسؤولية عن الاضرار التي قد تنشأ عن الاستعمال المشروع للحق، ثم حدد في المادة ٦٦ معايير الاستعمال غير المشروع للحق بما يصدق عليه وصف التعسف، ولننظر الآن في هذه المعايير.

---

١. راجع كتاب «الأمم» للامام الشافعي، الجزء الخامس ص ١٨٩ و٢٠١.

٢. تقابل المادة الخامسة من التقنين المدني المصري.

٤٧٥ ـ **معايير التعسف :** للتعسف كما ورد في المادة ٦٦ معايير اربعة مستقاة أساسا من الفقه الاسلامي، وهي :

أولا ـ قصد التعدي أو قصد الاضرار بالغير، وهو معيار ذاتي استقر في الفقه الاسلامي، وكذا في الفقه والقضاء الغربيين. من ذلك ما قضت به محكمة استئناف «كولمار» في فرنسا من هدم مدخنة بنيت فقط لحجب الضوء عن عقار الجار. وما قضت به محكمة «سيدان» الفرنسية من هدم سياج عال طلي باللون الأسود لمنع الضوء عن العقار المجاور.

كذلك ذهبت المحاكم الفرنسية إلى الحكم بمسؤولية المالك اذا تخير من طرق استغلال عقاره أكثرها ضرراً بالغير. وعلى هذا المبدأ استقر أيضاً قضاء المحاكم البلجيكية في كثير من المنازعات وعلى الأخص بالنسبة لمسائل البناء، فقضت بمسؤولية المالك

وفي مصر ذهب القضاء إلى أنه «فيما بين الملاك حق كل مالك محدود بحق الآخر، وأنه حتى في غير حالة الاعتداء على حق مكتسب للجار، يعتبر استعمال حق الملكية تعسفي وغير مشروع وموجب التعويض اذا قصد المالك منه مجرد الاضرار بجاره، لأنه إذا انتفت الضرورة والمصلحة الحقيقية، أصبح استعمال حق الملكية وليد سوء النية، ولا يحمي القضاء مثل هذا العمل».

وفي الأردن ذهبت محكمة التمييز الى أنه يعتبر من قبيل التعسف طلاق زوج مسيحي زوجته المسيحية بعد اعتناق الديانة الاسلامية(١).

كذلك ذهبت محكمة التمييز «١ ـ أنه من المبادىء القانونية المسلمبها أنه لا يجوز الاعتساف في استعمال الحقوق، وأن الحقوق بين الافراد يجب أن تكون في توازن دائم معتدل لتؤدي رسالتها في الحياة أداء يتفق مع مصلحة المجتمع وأهداف القانون وغايته. فاذا التوى صاحب الحق في استعمال حقه وتشدد فيه تشدداً يخرجه عن روح القانون ومعنى الالتزام ويدخله في ميدان التطبيق الآلي للنصوص القانونية، أو اذا كان صاحب الحق قد استخدمه استخداما ليس من ورائه الاضرار بالعاقد الآخر أو الحصول على منفعة عن طريق مشوبة بسوء النية وجب اعتباره متعسفاً في استعمال حقه، ووجب على القاضي، أن يتدخل في الأمر ليضع كل التزام في مكانه وكل حق في موضعه. ٢ ـ اذا أوفى المستأجر الأجور المستحقة عليه ناقصة مائة وخمسون فلساً فقط، فان دعوى المؤجر بطلب تخلية المأجور بسبب هذا النقص

---

١. تمييز حقوق في ١٩٨٣/٢/٦ مجلة نقابة المحامين س ٣١ ع ٥ ـ ٨ رقم ٨٣/٩٠ ص ٦٧٢.

الزهيد استناداً الى البند الأول من الفقرة الأولى للمادة الرابعة من قانون المالكين والمستأجرين، تكون مشوبة بعيب التعسف في استعمال الحق نظراً لما فيها من غلو واغراق وتشدد في التزام حرفية النص القانوني، وإخلال بالتوازن الواجب توافره في الحقوق بين الطرفين، وخرج عن روح القانون وغاياته على اعتبار أن عدم دفع هذا المبلغ الزهيد لا يعتبر تخلفاً جوهرياً بالمعنى الذي هدف اليه المشرع»(١).

هذا و يلاحظ فيما يتعلق بنية الاضرار كمعيار للتعسف، أنه لا يشترط أن تكون هذه النية هي الدافع الوحيد للعمل الضار، بل يكفي اذا اختلطت هذه النية بدوافع أخرى أن تكون هي الدافع الأكبر والدافع الرئيسي لصاحب الحق عند مباشرة حقه.

ثانياً ـ عدم مشروعية المصلحة المرجوة من الفعل أي المصلحة التي يرمي صاحب الحق الى تحقيقها،وهو معيار موضوعي، لأنه ليس من السلوك المألوف للشخص العادي أن يستهدف من استعمال حقه مصلحة غير مشروعة، والمصلحة لا تكون غير مشروعة اذا كان تحقيقها يخالف حكماً من أحكام القانون فحسب إنما يتصل بها هذا الوصف أيضا إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام أو الآداب. واذا كان ظاهر هذا المعيار ماديا إلا أن النية كثيراً ما تكون العلة الحقيقية وراء نفي صفة المشروعية عن المصلحة. وأبرز تطبيقات هذا المعيار يعرض بمناسبة إساءة الحكومة لسلطاتها كفصل الموظفين لغرض شخصي، أو شهوة حزبية (كقانون تطهير القضاء المشهور الذي صدر في مصر).

ثالثاً ـ عدم التناسب بين المنفعة من استعمال الحق وما يصيب الغير من ضرر، أي إذا كان استعمال الحق قد تم لتحقيق مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، وهو معيار موضوعي قوامه السلوك المألوف للرجل العادي، والرجل العادي لا يستعمل حقه على وجه يضر ضرراً بليغاً بالغير ولا يعود عليه إلا بنفع ضئيل لا يتناسب البته مع هذا الضرر. و يعتبر من تطبيقات هذا المعيار إهمال صاحب الحق في تخير طريق استعمال حقه، بحيث ترتب على استعمال طريقة دون أخرى ضرر بالغ بالغير(٢).

وقد طبق المشرع المصري هذا المعيار في المادة ٢/٨١٨ مدني التي تقرر أنه «ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوي إن كان هذا يضر

---

١. تمييز حقوق، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٨ س٢٦ ع ٧ ـ ١٢ رقم ٧٨/٦٨ ص ٨٩٤.

٢. «كامبيون» نظرية التعسف في استعمال الحق، بند ٥٤.

الجار الذي يستتر ملكه بالحائط».

رابعا ــ تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة في استعمال الحق، وقد طبق المشرع الأردني هذا المعيار فيما يتعلق بقيود الملكية ومضار الجوار، فنراه في المادة ١٠٢٥ مدني على أن «حجب الضوء عن الجار يعد ضرراً فاحشا فلا يسوغ لأحد أن يحدث بناء يسد به نوافذ بيت جاره سداً يمنع الضوء عنه، والا جاز للجار أن يطلب رفع البناء دفعاً للضرر).

ونراه ينص في المادة ٢/١٠٢٧ على وجوب تحمل مضار الجوار العادية التي جرى العرف والعادة على تحملها، فيقرر أنه «وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف على أن يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منهما بالنسبة إلى الآخر والغرض الذي خصصت له، ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق».

٤٧٦ ــ **تطبيقات تشريعية لنظرية التعسف في القانون الأردني :** لم يقتصر المشرع الاردني على وضع أسس نظرية التعسف في المادة ٦٦ من القانون المدني، بل أورد للتعسف تطبيقات في نصوص خاصة يعمل بها في شأن الحالات التي وردت بشأنها. من ذلك ما أورده في المادة ١٠٢٥ و١٠٢٧ في شأن استعمال حق الملكية السابق ذكرها، وما أورده في المادة ١/١٢ فيما يتعلق باخفاء الاجنبي لنقص أهليته، إذ جاء في هذه المادة «يسري على الحالة المدنية للاشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون اليها بجنسيتهم. ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في المملكة الأردنية الهاشمية وتترتب آثارها فيها اذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية، وكان نقص الأهلية يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فان هذا السبب لا يؤثر في أهليته».

وما نص عليه في المادة ١٥٦ مدني بالنسبة للتمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية من أنه «١ ــ ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية. ٢ ــ و يبقى ملزماً بالعقد الذي قصد ابرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد».

٤٧٧ ــ **إثبات التعسف :** أثبات التعسف على لمدعي طبقا لقاعدة البينة على من أدعى، لأن الأصل افتراض أن صاحب الحق استعمل حقه استعمالا عاديا بحسب الغرض منه وبحسن نية ؛ فاذا ادعى مالك مثلا أن أعمال الحفر التي يقوم بها جاره أو أن الحائط أو المدخنة اللذين شيدهما إنما بقصد الاضرار به فعليه إثبات

ادعائه: و يعتبر قرينة على التعسف انعدام مصلحةالحق في استعمال حقه على النحو الذي تم، أو إهماله في اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع الضرر عن الغير.

٤٧٨ ــ **جزاء التعسف :** الأصل في الجزاء هو الحكم على المتعسف بمبلغ من المال يدفعه للمضرور على سبيل التعو يض عن الضرر الذيلحقه. ولكن هل يجوز الحكم على المتعسف كذلك بالتعو يض العيني بدلا من التعو يض بمقابل، أي الحكم بازالة العمل الضار كهدم الحائط الذي يشيد بقصد حرمان الجار من الضوء أو الهواء؟

ذهب فريق من الشراح في بادىء الأمر الى أن جزاء التعسف في استعمال الحق (ĹA bus du droit) ينحصر فقط في الحكم على المتعسف بالتعو يض النقدي، على عكس تجاوز حدود الحق (Ĺexćes du droit) التي يصح فيها الحكم بالتعو يض العيني.

غير أن الرأي الغالب فقها وقضاء يرى أنه اذا كان من العدل علاج الضرر بالتعو يض عنه، فمن الواجب تلافي تكراره باستئصال سببه، ولا يكون ذلك إلا بالتعو يض العيني، وهذا الرأي يتفق ونص المادة ٦٢ من القانون المدني الاردني التي تقرر أنه «لا ضرر ولا ضرار والضرر يزال».

والتعو يض العيني قد يحكم به مع التعو يض بمقابل؛ و يكون الغرض من ذلك التعو يض عن الضرر السابق وتلافي الضرر اللآحق، كالحكم على المالك بهدم المدخنة التي أقامها لمضايقة الجار و بتعو يض الجار عن الخسارة التي لحقته. وقد يكتفي بالجزاء العيني فقط، أو يكتفي بالتعو يض بمقابل لتعارض التعو يض العيني وطبيعة عمل المتعسف.

المطلب الثاني
الضرر

٤٧٩ ــ **ضرورة توافر الضرر :** لا يكفي لقيام المسؤولية توافر الخطأ في القانون المصري، أو توافر التعدي أو الانحراف في القانون الأردني، بل يجب أن ينجم عن الفعل ضرر، فاذا انتفى الضرر فلا تقبل دعوى المسؤولية، لأنه لا دعوى بغير مصلحة. والمكلف باثبات الضرر هو المضرور، وله إثباته بكافة طرق الاثبات بما في ذلك البينة والقرائن لأن الضرر واقعة مادية.

والضرر على نوعين مادي وأدبي: والمادي هو ما يصيب الشخص في جسمه وماله، والأدبي هو ما يصيبه في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه.... الخ. وسنتناول فيما يلي بحث كل نوع من هذين النوعين.

أولا ـ الضرر المادي

٤٨٠ ـ **ما يشترط في الضرر المادي**: يشترط في الضرر المادي (Dammage Materiel) أن يكون ناشئاً عن اخلال بمصلحة مشروعة، وأن يكون محققاً. وسنبحث في كل من هذين الشرطين.

١ ـ الاخلال بمصلحة مشروعة

٤٨١ ـ **الاخلال بحق أو بمصلحة**: يتحقق الضرر المادي إذا حصل إخلال بحق أو بمصلحة مالية للمضرور وعلى هذا الرأي سار غالبية الفقهاء والقضاء.

للتفرقة بين الحق والمصلحة نسوق المثال التالي: إذا قتل شخص في حادثة كان لمن يعولهم الرجوع على المسؤول بالتعويض على أساس الاخلال بحق لهم إن كانوا ممن يجب عليه نفقتهم قانوناً، أو على أساس الاخلال بمصلحة مالية اذا لم يكونوا من أصحاب النفقة قانونا، ولكن كان القتيل يتولى الانفاق عليهم، غير أنه يشترط في هذه الحالة الآخيرة أن يثبت المضرور، صاحب المصلحة، أن القتيل كان يعوله على وجه مستمر وأن فرصة الاستمرار هذه كانت محققة.

٤٨٢ ـ **وجوب مشروعية المصلحة**: اذا كانت المصلحة المالية تكفي لتحقق الضرر اذا حصل الاخلال بها، الا أنه يشترط أن تكون هذه المصلحة مشروعة (intéret legitime). وقد تطلب القضاء الفرنسي هذا الشرط في المصلحة حتى يقطع الطريق على دعاوى التعويض التي ترفعها الخليلة للمطالبة بتعويض ما أصابها من ضرر بفقد خليلها، لأن العلاقة بينهما لم تكن مشروعة.

غير أن الوضع الخاص بالخليلة يختلف عن الوضع الخاص بالولد الطبيعي وبالأبوين الطبيعيين، لأن العلاقة بين الأخيرين وإن كانت غير مشروعة، إلا أنها فيما يتعلق بصلة الولد بوالديه علاقة مشروعة.

٢ ـ تحقق الضرر

٤٨٣ ـ **الضرر المحقق والضرر المحتمل**: يشترط في الضرر الواجب التعويض عنه أن يكون محققا، أما الضرر المحتمل الوقوع (Prejudice éventuel) وهو ما لم يقع، ولا يعرف ما إذا كان سيقع في المستقبل أم لا، فلا تعويض عنه.

والضرر المحقق قد يكون حالا أي وقع فعلاكموت المصاب،وقد يكون مستقبلا. والضرر المستقبل على عكس الضرر المحتمل، ضرر محقق الوقوع وإن لم يقع بعد، ولذا يتعين التعو يض عنه.

والضرر المستقبل قد يستطاع تقديره فوراً وقد لا يستطاع ذلك. فاذا كان من المستطاع تقديره فوراً حكم القاضي بتعو يض كامل عنه. أما اذا لم يكن من المستطاع تقديره فوراً، وهذا هو الغالب؛ كاصابة عامل من شأنها أن تودي بحياته أو أن تنتهي بعجزه عن العمل كلياً أو جزئياً، فيكون القاضي بالخيار بين الحكم بتعو يض مؤقت على أن يحفظ للمضرور حقه في التعو يض النهائي بعد أن يستبين مدى الضرر، و بين تأجيل الحكم بالتعو يض حتى هذا الوقت.

والتعو يض عن الضرر قد يأخذ صورة مبلغ إجمالي يدفع مرة واحدة أو على أقساط، وقد يأخذ صورة إيراد مرتب لمدى حياة المضرور. و يجوز للقاضي اذا ساءت حالة المضرور بعد تقدير التعو يض أن يقضي بتعو يض إضافي، لأن هذا التعو يض الآخير يعتبر مقابلا لضرر لم يدخل في حساب القاضي عند تقدير التعو يض الأول، ولا يحول دون ذلك قوة الشيء المقضي به. و يفرق القضاء الفرنسي في هذه الحالة بين ما إذا كان التعو يض الأول قد اتخذ صورة مبلغ إجمالي قدر جزافا، و بين ما اذا كان قد اتخذ صورة إيراد مرتب، و يجيز زيادة التعو يض في الفرض الثاني ولا يجيزه في الفرض الأول.

كذلك يجيز القضاء الفرنسي إنقاص التعو يض اذا تناقص الضرر، اذا كان هذا التعو يض قد اتخذ صورة إيراد مرتب لمدى الحياة وكان الحكم الصادر به قد تحفظ في هذا الشأن.

وسلطة القاضي فيما يتعلق بتقدير مدى التعو يض وصوره قد نص عليها المشرع الأردني في القانون المدني في المادتين ٢٦٨ و٢٦٩. وتنص المادة ٢٦٨ على أنه «اذا لم يتيسر للمحكمة أن تعين مدى الضمان تعيينا نهائيا، فلها أن تحتفظ للمتضرر بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة باعادة النظر في التقدير». وتنص المادة ٢٦٩ في فقرتها الأولى على أنه «يصح أن يكون الضمان مقسطا كما يصح أن يكون إيراداً مرتبا، و يجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا تقدره المحكمة».

٤٨٤ ــ **تفو يت الفرصة** : كما فرقنا بين الضرر المستقبل والضرر المحتمل، نفرق كذلك بين ما يسمى بتفو يت الفرصة (perte dune chance)والضرر المحتمل؛ ذلك أن موضوع الفرصة وإن كان أمراً محتملا، غير أن تفو يتها أمر محقق، ولذا يتعين

التعويض عنها. والتعويض لا يكون عن موضوع الفرصة لأنه أمر احتمالي، وإنما يكون عن تفويت الفرصة ذاتها؛ ويراعى في تقدير التعويض مدى احتمال الكسب الذي ضاع على المضرور من جراء تفويت الفرصة عليه.

وقد سار القضاء المصري دائما على مبدأ التعويض عن تفويت الفرصة، كالتعويض عن تفويت فرصة النجاح في الامتحان، والتعويض عن تفويت فرصة كسب دعوى الشفعة، والتعويض عن تفويت فرصة الترقي إلى درجة أعلى كذلك ذهبت محكمة التمييز الاردنية الى الحكم بالضمان على المحامي الذي يفوت على موكله فرصة المدد القانونية المقررة في اجراءات الخصومة القضائية (١).

ثانياً ـ الضرر الأدبي

٤٨٥ ـ **تحديد الضرر الأدبي**: الضرر الأدبي (Le damage moral) على عكس الضرر المادي لا يمس مصلحة مالية للشخص؛ ومثاله تشويه الجسم، وخدش الشرف، والاعتداء على السمعة، والحط من الكرامة؛ أو هو بصفة عامة كل ما يؤذي شعور الشخص أو عاطفته فيسبب له ألماً أو حزناً.

ويمكن فيما يتعلق بالضرر الأدبي التفرقة بين نوعين منه: الأول، ضرر أدبي يتصل بضرر مادي، كما هو الشأن في حالة الاعتداء على الشرف وما يترتب على ذلك من فقد المضرور لعمله نتيجة لتلويث سمعته، وما قد يترتب على حادثة من إصابة الجسم بتشويه مصحوب بنقص في القدرة على العمل، كفقد المضرور لاحدى عينيه (٢). والثاني ضرر أدبي مجرد من أي ضرر مادي، كالألم الذي يصيب الوالدين في عاطفتهما بسبب فقد طفلهما.

والضرر الأدبي كالضرر المادي يجب أن يكون محققا، أي غير أحتمالي، حتى يمكن التعويض عنه (٣).

٤٨٦ ـ **وجوب التعويض عن الضرر الأدبي**: أخذ القانون الروماني مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي في حالات كثيرة دون تفرقة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية. أما شراح القانون الفرنسي القديم فقد قصروا التعويض عن الضرر

---

١. تمييز حقوق في ١٩٨٣/٣/٢٩ مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٨٣ س ٣١ ع ٥ ـ ٨ رقم ٨٢/٧٦٨.

٢. تمييز حقوق في ١٩٨١/١٢/٢٢ مجلة نقابة المحامين ١٩٨٢ س ٣٠ ع ٥ ـ ٨ رقم ٨١/٦٥٦ ص ٦٤٤.

٣. راجع: «ريبير» في القاعدة الادبية بند ١٨١ وما بعده ـ «ديبوا» رسالة «ليون» سنة ١٩٣٥ ـ «دلماس» رسالة من «تولوز» سنة ١٩٣٩.

الأدبي على حالة المسؤولية التقصيرية فقط توهماً منهم أن هذا هو حكم القانون الروماني. وعند وضع القانون الفرنسي الحديث تناول المشرع مسألة الضرربنص عام (م ١٣٨٢ ف) يسمح بالتعويض عنه كيفما كانت صورته، أي سواء كان ماديا أم أدبيا، ولم تثر مسألة التعويض عن الضرر الأدبي الخلاف في القضاء الفرنسي، وإن اختلف الشراح في شأنها في فرنسا.

أما في مصر والاردن فمن المتفق عليه فقها وقضاء وتشريعا هو وجوب التعويض عن الضرر الأدبي؛ وعلى هذا نصت المادة ٢٢٢ من القانون المدني المصري، وكذلك المادة ١/٢٦٧ من القانون المدني الأردني التي تقرر أنه «يتناول حق الضمان الضرر الأدبي كذلك. فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المعتدي مسؤولا عن الضمان. وفي الفقه الاسلامي ما يفيد وجوب التعويض عن الضرر الأدبي كالضرر المتمثل في الألم أو في تفويت الجمال مثلا[١].

٤٨٧ ـ **من له الحق في التعويض عن الضرر الأدبي :** الأصل هو وجوب تعويض كل من أصيب شخصيا بضرر أدبي، ولكن إذا كان الضرر ناشئاً عن موت المصاب، فيجب التفرقة في القانونين المصري (م ٢٢٢ مدني) والاردني (م ٣/٢٦٧ مدني) بين الضرر الذي أصاب المتوفى نفسه و بين الضرر الذي أصاب ذو يه، فالضرر الذي أصاب المتوفى نفسه لا ينتقل الحق فيه بالميراث الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب به الدائن أمام القضاء في القانون المصري أو صدر به حكم قضائي نهائي في القانون الأردني.

أما الضرر الذي أصاب ذوي المتوفي، فان القانون المصري قصر التعويض على الأزواج والأقارب الى الدرجة الثانية فقط، اما القانون الاردني فلم يضع مثل هذا القيد بل ترك الأمر لتقدير القاضي حسب الأحوال، فنص في الفقرة الثانية من المادة ٢٦٧ مدني على أنه «و يجوز ان يقضى بالضمان للازواج وللأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب».

ومع ذلك لا يتصور في حالة تعدد ذوي القربى أن يعوضوا جميعا عن الضرر الأدبي الناشيء عن موت المصاب، بل يقصر التعويض على من أصابه ألم حقيقي بموته.

---

١. ذهب القضاء المصري الى ان تعويض الوالد عن فقد ابنه لا يعتبر تعويضا عن ضرر محتمل الحصول مستقبلا، إذ مثل هذا التعويض إنما يحكم به لما يسببه فقد الولد من ألم للوالد (نقض جنائي ٧ نوفمبر ١٩٦١. مجموعة أحكام النقض الجنائية ١٢ رقم ١٨٠ ص ٨٩٩).

ونص المادة ٢/٢٦٧ مدني أردني لم يعرض، كما هو ظاهر، الا لحالة الضرر الأدبي الذي يلحق ذوي المصاب إذا توفي، وترك غير هذه الحالة لتقدير القاضي، غير أنه من الصعب أن نتصور تعويضاً يعطى عن الضرر الأدبي لغير الأب أو الأم أو الزوج اذا لم يمت المصاب.

٤٨٨ ـ **انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي :** يقتصر الحق في التعويض عن الضرر الأدبي على المضرور نفسه فلا ينتقل الى غيره بسبب من أسباب الانتقال كالميراث إلا إذا تحققت المطالبة به من المضرور، و يكون بأحدى طريقتين :

الأولى ـ أن يكون هناك اتفاق بين المضرور والمسؤول بشأن التعويض من حيث مبدئه ومقداره.

الثانية ـ أن يكون المضرور قد رفع الدعوى فعلا أمام القضاء مطالباً بالتعويض في القانون المدني المصري (م ١/٢٢٢). أما في القانون المدني الاردني فيتعين أن يكون قد صدر حكم قضائي نهائي بالتعويض كما جاء في المادة ٣/٢٦٧ التي تقرر أنه «ولا ينتقل الضمان عن الضرر الأدبي إلى الغير الا اذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم قضائي نهائي».

وحكم القانون المصري في شأن الطريقة الثانية أرفق بالورثة لأنه لا يتطلب أن يكون قد صدر حكم قضائي نهائي بالتعويض، بل يكتفي بأن يكون المضرور قد رفع الدعوى فعلا أمام القضاء مطالبا بالتعويض قبل وفاته.

المطلب الثالث

علاقة السببية بين الفعّل والضرر

٤٨٩ ـ **كلمة تمهيدية :** علاقة السببية بين الفعل والضرر (Lien decausalité) ركن ضروري في المسؤولية مستقل عن ركني الفعل والضرر لأن من البديهي ألا يسأل مرتكب الفعل إلا عن الأضرار التي تعتبر نتيجة لخطئه.

وأهمية هذا الركن تظهر فيما يتعلق بعبء الأثبات،لأنه اذا كان أثبات السببية على المضرور في حالة المسؤولية عن الفعل الشخصي ـ والمضرور يلجأ عادة إلى إثبات فعل منسوب الى الفاعل و يكون هو السبب في إحداث الضرر ـ فان إثبات نفي السببية على المسؤول في حالات قيام المسؤولية عن فعل الغير، لأن هذه المسؤولية الأخيرة تقوم على أساس الخطأ المفروض، ولذا تتركز في ركن السببية كل أهمية لدعاوى التعويض على أساس هذا النوع من المسؤولية.

هذا وسنتناول في هذا الموضوع أولا تحديد فكرة السببية، وثانياً بيان ما يعتبر سببا أجنبيا تنتفي معه المسؤولية.

أولا ـ تحديد فكرة السببية

٤٩٠ ـ **العوامل التي تتدخل في تحديد فكرة السببية:** من أدق الأمور في المسؤولية تحديد فكرة السببية، ومرجع ذلك إلى عاملين:

الأول ـ أن الضرر لا ينشأ عادة من سبب واحد بل من أسباب متعددة يكون فعل المدعى عليه واحد منها، فالى أي حد يمكن القول في هذه الحالة بقيام علاقة السببية بين هذا الفعل والضرر.

الثاني ـ أن الضرر قد يعقبه ضرر آخر، فاذا تعاقبت الأضرار فالى أي حد يسأل المدعى عليه، هل يسأل عن الأضرار جميعا أم عن بعضها فقط، وهذه هي مسألة الضرر غير المباشر.

١ ـ تعدد الأسباب

٤٩١ ـ **ما يعتد به من الأسباب:** اذا تدخلت عدة أسباب في وقوع الضرر فما هو السبب الذي يعتد به؟ أيعتد بالأسباب المشتركة جميعا أم ببعضها دون البعض الآخر؟ فمثلا إذا أهمل صاحب سيارة في اتخاذ الاحتياطات اللازمة للمحافظة عليها فسرقت منه، ثم قادها السارق بسرعة كبيرة فدهس أحد المارة، فهنا اشترك سببان في إحداث الضرر: أولهما تقصير صاحب السيارة، إذ لولا هذا التقصير لما سرقت منه ولما وقع الحادث. وثانيهما خطأ السارق في القيادة اذ لولا السرعة الكبيرة التي قاد بها السيارة لما حدث الضرر، فهل يعتد في هذه الحالة بالسببين معا أم بالأخير منهما فقط؟

قال فقهاء الألمان بعدة نظريات في هذا الموضوع أهمها نظرية تكافوء أوتعادل الأسباب(Theorie de Léquivalence des conditions) ونظرية السبب المنتج (Theorie de la causalité Adequate) وسنتناول بالبحث كل من هاتين النظريتين.

٤٩٢ ـ **نظرية تكافؤ الأسباب:** مؤدى هذه النظرية التي قال بها الفقه الألماني «فون بيري» (Von Buri) أنه يجب الاعتداد بكل سبب اشترك في إحداث الضرر ولو كان سببا بعيداً. لأن جميع الأسباب التي تداخلت في وقوع الضرر تعتبر أسباباً متكافئة، ولذا سميت هذه النظرية تكافؤ الأسباب.

ولمعرفة ما اذا كان السبب متكافئاً يكفي أن نتساءل ما اذا كان الضرر واقعاً

ولو لم يشترك هذا السبب أم لا؟. فاذا كان الجواب بالايجاب فلا يعتد بهذا السبب، وإن كان الجواب بالنفي فيتعين الاعتداد به، وعلى ذلك ففي المثال السابق يجب الاعتداد بالسببين السابق ذكرهما، وهما تقصير صاحب السيارة في المحافظة عليها من السرقة، وتقصير السارق في قيادتها لأنه لو لم يهمل أحدهما لما وقع الضرر.

٤٩٣ **نظرية السبب المنتج**: قال بهذه النظرية الفقيه الالماني «فون كريس» (Von Kries) ومؤدى هذه النظرية أنه اذا تداخلت عدة أسباب في إحداث الضرر فيجب التفرقة بين الأسباب العرضية (Fortuite) والأسباب المنتجة (adequate) وإهمال الأولى والاعتداد بالثانية.

والسبب يعتبر منتجاً اذا كان من طبيعة الأمور أن يؤدى قيامه إلى وقوع الضرر، أو بعبارة أخرى أن السبب المنتج هو ما يؤدي عادة إلى وقوع هذا الضرر. وعلى ذلك ففي المثال السابق الذكر يعتبر تقصير صاحب السيارة في المحافظة عليها من السرقة سبباً عرضياً لأنه ليس من المألوف أن يؤدي الى وقوع الضرر وهو دهس المصاب، أما تقصير السارق في القيادة فهو السبب المنتج الذي يتعين الوقوف عنده والاعتداد به، لأن الوضع الطبيعي للأمور أن مثل هذا السبب هو الذي يرتب مثل هذا الضرر.

وقد كان هناك ميل في الفقه والقضاء الفرنسيين نحو نظرية تكافؤ الأسباب لبساطتها، أما الآن فالظاهر هو ترجيح نظرية السبب المنتج على نظرية التكافؤ بالرغم مما قد تؤدي إليه هذه النظرية من تحكم القضاء، إذ لا يمكن تقييد القاضي بمعيار معين في الكشف عن السبب المنتج، وكل ما يمكن تطلبه هو أن يكون هذا السبب هو الغالب من بين مختلف الأسباب التي تداخلت في إحداث الضرر

٤٩٤ **أثر تعدد الأسباب**: إذا تداخلت عدة أسباب في إحداث الضرر وأخذنا بها جميعا وفقا لنظرية التكافؤ، أو كانت جميعها منتجة وفقاً لنظرية السبب المنتج، فانه يتعين تحديد أثر هذا التعدد بالنسبة لتوزيع المسؤولية، ولن يخرج الأمر عن فرض من الفروض الآتية:

إذا تداخل فعل المدعى عليه وفعل المضرور في إحداث الضرر كان هناك مسؤولية مشتركة، كما لو اعترض شخص ثمل سيارة فدهسته، وفي هذه الحالة لا يستطيع المضرور التهرب من مسؤوليته في إلحاق الضرر بنفسه، ولذا لا يرجع على سائق السيارة بكل التعويض.

وإذا ساهمت القوة القاهرة مع فعل المدعى عليه في وقوع الضرر كانت مسؤولية هذا الأخير كاملة، لأن الحادث الذي تداخل مع فعله في إحداث الضرر لا

يمكن نسبته الى شخص آخر حتى يتحمل معه هذه المسؤولية، من ذلك ما ذهب اليه القضاء المصري من أنه اذا فرض أن المضرور في حادث كان لديه استعداداً من قبل للمرض الذي أصابه بسبب الحادث، فيكفي أن يكون الحادث هو السبب الذي حرك هذا الاستعداد حتى تقوم علاقةالسببية بين الحادث والمرض فيلزم المتسبب في الحادث بتعويض الضرر.

غير أن من الشراح من يرى استحالة تصور اشتراك فعل المدعى عليه مع القوة القاهرة في إحداث الضرر، لأن القوة القاهرة، وهي أصلا حادث فجائي يستحيل توقعه أو دفعه، يترتب عليها الاعفاء من المسؤولية، وعلى ذلك يكون المقصود بالحادث الذي يشترك مع فعل المدعي عليه في إيقاع الضرر هو الحادث الطبيعي الذي لا يحدث الضرر إلا إذا تداخل معه فعل المدعى عليه.

وإذا اشترك فعل المدعى عليه مع فعل الغير في إحداث الضرر، كما لو ألقى شخص بأحجار في الطريق اعترضت سيارة مسرعة فانقلبت فأصابت أحد المارة، كان كل منهما مسؤولا أمام المضرور مسؤولية كاملة عن التعويض، أما فيما بينهما فيمكن للمدعى عليه الذي دفع كامل التعويض الرجوع على الغير بنصيبه في التعويض وفق ما تراه المحكمة (م ٢٦٥ مدني اردني).

٢ ـ الضرر غير المباشر

٤٩٥ ـ **تعاقب الأضرار:** قد ينتهي الفعل الواحد إلى سلسلة من الأضرار يعقب بعضها البعض، فهل يسأل مرتكب الفعل عن هذه الاضرار جميعاً، أو بعبارة أخرى هل يعتبر الفعل الذي ترتب عليه الضرر الأول هو السبب في الضرر الثاني ثم في الضرر الثالث وهكذا؟

فمثلا إذا أصيب شخص في حادثة وترتب على ذلك عجزه عن العمل كلياً، فتراكمت عليه الديون، ونفذ الدائنون على ما في يده من مال، فانتابه الحزن فمرض... الخ. فهل يسأل المدعى عليه عن هذه الأضرار كلها أم عن بعضها فقط؟ هذه هي مسألة الضرر غير المباشر، فهل يجب التعويض عنه أيضا أم يقتصر التعويض على الضرر المباشر، وما معيار التفرقة بين الضرر المباشر (direct préjldice) والضرر غير المباشر (préjudice indirect).

٤٩٦ ـ **معيار الضرر المباشر:** القاعدة منذ عهد القانون الفرنسي القديم أن التعويض لا يكون إلا عن الضرر المباشر، وقد نص على ذلك المشرع المصري في المادة ١/٢٢١ من التقنين المدني، كما نص عليها المشرع الاردني في المادة ٢٦٦ مدني

بقوله «يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون نتيجة طبيعية للفعل الضار».

وعلة قصر التعويض على الضرر المباشر هو انعدام رابطة السببية بين فعل المدعى عليه والضرر غير المباشر، ورابطة السببية ركن في المسؤولية المدنية بنوعيها، فان تخلفت انتفت المسؤولية عقدية كانت أم تقصيرية.

ولكن ما هو معيار التفرقة بين الضرر المباشر وغير المباشر؟ أجابت على ذلك المادة ٢٦٦ مدني أردني بقولها أن الضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية للفعل، وهو يعتبر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الفاعل أن يتوقاه ببذل جهد معقول. واصطلاح «النتيجة الطبيعية» أقرب الى المقصود من اصطلاح الضرر المباشر.

ثانيا ــ السبب الأجنبي

٤٩٧ ــ **تحديد السبب الأجنبي :** سبق أن أشرنا إلى أهمية نفي علاقة السببية بين الفعل والضرر، ونفي رابطة السببية يكون عن طريق أثبات السبب الأجنبي الذي يرجع إليه الضرر الذي لحق المضرور.

والسبب الأجنبي إما أن يكون القوة القاهرة أو الحادث المفاجىء (force Majeure ou cas fortuit)، وإما أن يكون فعل المضرور، وأخيراً قد يكون فعل الغير، والى هذا أشارت المادة ٢٦١ من القانون المدني الاردني بقولها «إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك»(١). وسنتناول بالبحث كل سبب من الأسباب الواردة في هذه المادة.

١ ــ القوة القاهرة أو الحادث المفاجىء

٤٩٨ ــ **انعدام التمييز بين القوة القاهرة والحادث المفاجىء :** كان من رأي فريق الفقهاء وجوب التمييز بين القوة القاهرة والحادث المفاجىء، وإن اختلفوا فيما بينهم على معيار هذا التمييز.

فذهب فريق منهم الى أن القوة القاهرة تتميز باستحالة دفعها، أما الحادث المفاجىء فيتميز باستحالة توقعه، ولا يشترطوا تبعا لذلك وجوب اجتماع هاتين الخاصيتين في كل منهما على عكس الرأي المستقر الآن.

---

١. تقابل المادة ١٦٥ من التقنين المدني المصري.

وذهب فريق آخر الى أنه وإن لزم اجتماع الخاصيتين السابق ذكرهما في كل من القوة القاهرة والحادث المفاجىء، الا أن القوة القاهرة تكون استحالة دفعها استحالة مطلقة، على حين أن استحالة دفع الحادث المفاجىء نسبية. و يعاب على هذا الرأي أن الاستحالة في كل من القوة القاهرة والحادث المفاجىء يجب أن تكون مطلقة.

وذهب فريق ثالث إلى أن مرد القوة القاهرة أمر خارجي غير متصل بنشاط المدين كزلزال أو صاعقة، على حين أن مرد الحادث المفاجىء أمر داخلي متصل بنشاط المدين كانفجار آلة أو التهاب مادة، أو بصفة عامة تلف في الشيء الذي به تحققت المسؤولية. وليس لهذا التمييز من أهمية الا بالنسبة للمسؤولية القائمة على تحمل التبعة كحوادث العمل، فحيث يكون الحادث راجعا إلى أمر داخلي في الشيء كانفجار آلة لا يعفى صاحب العمل من المسؤولية.

غير أن الرأي الراجح الآن والذي تأخذ به جمهرة الشراح وأحكام المحاكم لا يميز بين القوة القاهرة والحادث المفاجىء، وهو ما يذهب إليه المشرع الأردني كما يستبين من نص المادة ٢٦١ مدني.

٤٩٩ ـ **خصائص القوة القاهرة والحادث المفاجىء:** القوة القاهرة أو الحادث المفاجىء أمر لا يمكن نسبته الى المدعى عليه، أي لا يد له فيه (non — imputable) كالحرب وما يترتب عليها من ترحيل السكان أمام غزو العدو، والزلزال والغرق والعواصف، والاضراب، والمرض، وفعل الحاكم... الخ. غير أن عدم نسبة الحادث الى المدعى عليه لا يكفي لاعتباره قوة قاهرة أو حادثا فجائيا، بل يجب أن تجتمع فيه علاوة على ذلك خاصيتان وهما: عدم إمكان التوقع (imprevisibilité) واستحالة الدفع (irresistibilité)، وسنبحث في كل من هاتين الخاصيتين.

٥٠٠ ـ **عدم إمكان التوقع :** يجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أمراً لا يمكن توقعه، لأنه اذا أمكن توقعه فيعتبر الشخص مقصراً إذا لم يتخذ الاحتياطات الضرورية لتلافي نتائجه.

وعدم إمكان التوقع لا يتصور أصلا الا بالنسبة للحوادث التي لم يسبق وقوعها؛ ولكن اذا أخذنا عدم إمكان التوقع بهذا المعنى لخرجت حوادث كثيرة من دائرة القوة القاهرة كالزلزال والغرق والحرب، إذ كل منها سبق وقوعه، ولذا فيكون المقصود بعدم إمكان التوقع أن الحادث بالرغم من سبق وقوعه، لا يستطاع توقع حدوثه ثانية حتى من أشد الناس حيطة، أي لا يستطاع توقع وقت حدوثه، والمعيار كما هو ظاهر معيار موضوعي وليس بذاتي.

٥٠١ ـ **استحالة الدفع :** لا يكفي في الحادث حتى يعتبر قوة قاهرة أو حادثا فجائيا أن يكون مستحيل التوقع، بل يجب كذلك أن يكون مستحيل الدفع على المدين. والمقصود بالاستحالة هنا هي الاستحالة المطلقة، سواء كانت مادية أو معنوية. فاذا كانت الاستحالة نسبية أي قاصرة على المدين دون غيره، فلا يعتبر الحادث قوة قاهرة ولا يعفى المدين من المسؤولية، والمعيار هنا كذلك معيار موضوعي وليس بذاتي وهو معيار الشخص اليقظ (l'homme avisé).

٥٠٢ ـ **أثر القوة القاهرة والحادث المفاجىء :** يجب التفرقة فيما يتعلق بأثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي بين فرضين:

الأول ـ أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي هو السبب الوحيد في وقوع الضرر، وفي هذا الفرض ترتفع المسؤولية عن المدعى عليه لانعدام رابطة السببية.

الثاني ـ أن تشترك القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مع فعل المدعى عليه في إحداث الضرر، وفي هذا الفرض لا محل لتوزيع المسؤولية، لأن القوة القاهرة لا يمكن نسبتها إلى شخص آخر حتى يشترك مع المدعى عليه في تحمل المسؤولية، ولذا يتحمل المدعى عليه المسؤولية كلها وحده.

واذا كان أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي انتفاء مسؤولية المدين في حالة ما اذا كانت هي السبب الوحيد في وقوع الضرر، الا أنه يجوز فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية الاتفاق على عكس ذلك، أي الاتفاق على تحمل المدين ـ الذي يعتبر في مركز المؤمن ـ مسؤولية عدم تنفيذ التزامه ولو كان ذلك راجعا إلى فعل القوة القاهرة أو الحادث المفاجىء، وهذا الحكم قد نصت عليه صراحة المادة ٢١٧/١ من التقنين المدني المصري بقولها «يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجىء والقوة القاهرة».

٢ ـ فعل المضرور

٥٠٣ ـ **تمهيد :** يحدث في كثير من الأحيان أن يكون لفعل المضرور دخل في وقوع الضرر، بل أن المسؤول، وخاصة إذا كانت مسؤوليته مفترضة، يلجأ عادة لنفي المسؤولية عن نفسه بنسبتها إلى فعل المضرور، وعلى ذلك يتعين بحث متى يعتبر فعل المضرور تعدياً أو انحرافا، وأثر هذا الانحراف على مسؤولية المدعى عليه.

٥٠٤ ـ **متى يعتبر فعل المضرور انحرافا :** من البديهي ألا يعتد بفعل المضرور اذا لم يكن لهذا الفعل دخل في إحداث الضرر لانعدام رابطة السببية. ومن البديهي

كذلك وجوب الاعتداد بفعل المضرور إذا كان هذا الفعل هو السبب الوحيد في وقوع الضرر، لانعدام رابطة السببية كذلك بالنسبة الى المدعى عليه.

أما حيث يشترك فعل المضرور مع فعل المدعى عليه في إحداث الضرر، فيتعين لكي يعتد بهذا الفعل أن يعتبر انحرافاً، أما إذا انتفى عنه وصف الانحراف فلا محل للأخذ به عند تحديد مدى مسؤولية المدعى عليه. فمثلا عبور الطريق فعل، فاذا دهست سيارة مسرعة شخصاً أثناء سيره فلا أثر لهذا السير أي لهذا الفعل على مدى مسؤولية سائق السيارة، ولكن عبور الطريق في حالة سكر يعتبر انحرافا، فاذا دهست سيارة مسرعة شخصا ثملا، اشترك فعل المضرور مع فعل المسؤول في وقوع الضرر.

وفي القانون الأردني لا يشترط كما نعلم، في الفعل الضار أن يكون صاحبه مميزاً، سواء في ذلك المسؤول أو المضرور، أما في القانون المصري فان كان يشترط في المسؤول التمييز، إلا أنه لا يشترط في المضرور أن يكون مميزاً.

٥٠٥ ـ **أثر فعل المضرور على مسؤولية المدعى عليه:** لتحديد أثر فعل المضرور على مسؤولية المدعى عليه، يجب أن نفرق بين فرضين: الأول ـ أن أحد الفعلين قد استغرق الآخر، الثاني أن كل فعل ظل مستقلا عن الفعل الآخر.

٥٠٦ ـ **استغراق أحد الفعلين للفعل الآخر:** القاعدة أنه إذا استغرق أحد الفعلين الفعل الآخر، فلا يعتد بالفعل المستغرق سواء كان فعل المضرور أم فعل المدعى عليه.

و يستغرق أحد الفعلين الفعل الآخر في حالتين: الأولى ـ إذا كان أحد الفعلين يفوق الآخر كثيراً في الجسامة، والثانية ـ إذا كان أحد الفعلين نتيجة للفعل الآخر.

٥٠٧ ـ **الحالة الأولى ـ أحد الفعلين يفوق الفعل الآخر جسامة:** يعتبر أحد الفعلين قد فاق الآخر جسامة في صورتين: الأولى أن يكون أحد الفعلين متعمداً، والثانية رضاء المضرور بالضرر في بعض الحالات.

الصورة الأولى: إذا كان أحد الفعلين متعمداً فانه يستغرق الفعل الآخر. والفعل المتعمد قد يكون فعل المدعى عليه وقد يكون فعل المضرور. فاذا كان الفعل المتعمد هو فعل المدعى عليه قامت مسؤوليته كاملة، وامتنع عليه الاحتجاج بفعل المضرور، كما لو تعمد سائق سيارة أن يدهس خصمه وكان ثملا أثناء عبوره الطريق.

واذا كان الفعل المتعمد هو فعل المضرور نفسه فتنتفي مسؤولية المدعى عليه لانعدام رابطة السببية، كما لو ألقى شخص بنفسه بقصد الانتحار أمام سيارة

مسرعة، لأن انحراف مسلك السائق المتمثل في قيادتها بسرعة كبيرة قد استغرقه فعل المضرور الذي قصد إلحاق الضرر بنفسه.

الصورة الثانية : تتناول هذه الصورة رضاء المضرور بالضرر. ورضاء المضرور اذا اعتبر انحرافا فان من شأنه التخفيف من مسؤولية المدعى عليه وفقاً لأحكام الفعل المشترك التي سيأتي ذكرها فيما بعد، كما لو قبل المضرور ركوب سيارة يقودها شخص ثمل.

و يذهب فريق من الشراح إلى أن رضاء المضرور بالضرر قد يصل في بعض الحالات إلى حد استغراق فعل المدعى عليه، كما اذا قبل صاحب سفينة نقل مهربات حربية فتصادر سفينته، فانه لا يرجع بشيء على صاحب المهربات: وكما لو قبلت المرأة البالغة سن الرشد غير الغرة معاشرة رجل معاشرة غير شرعية، فانها لا ترجع عليه بتعويض ما.

هذا و يجب أن نفرق بين حالة رضاء المضرور بالضرر وحالة علمه به، فعلم المضرور بالضرر دون قبوله لا يعتبر انحرافا في السلوك، لأن من يركب قطاراً أو طائرة يعلم مقدما بما قد يقع من حوادث أثناء السفر، ولكنه لا يعد قابلا لها، ولذا لا يعتبر علمه بالضرر انحرافا يخفف من مسؤولية المدعى عليه؛ على حين أن من يشترك في إحدى الألعاب الرياضية الخطرة كالملاكمة أو المصارعة يعتبر قابلا للضرر الذي قد يصيبه من خصمه أثناء المباراة وفعل الخصم لا يعتبر انحرافاً ولو ترتب عليه ضرر الا اذا كان هذا الفعل مما لا تجيزه قواعد اللعب.

ومن الحالات التي يتفق فيها الشراح على أن علم المضرور بالضرر وتوقعه له لا يعتبر انحرافا في السلوك، حالة ما اذا كان غامر بنفسه ليدفع عن غيره الضرر، بشرط أن يكون هناك أمل في نجاحه في هذه المحاولة.

٥٠٨ ــ الحالة الثانية ــ أحد الفعلين نتيجة للفعل الآخر: إذا كان أحد الفعلين نتيجة للفعل الآخر فلا يعتد إلا بالفعل الواقع أولا. وعلى ذلك اذا كان فعل المضرور نتيجة لفعل المدعى عليه قامت مسؤولية هذا الأخير كاملة، كما لو أصطحب سائق سيارة صديقا له، ثم على سبيل الدعابة قاد سيارته بسرعة كبيرة أفزعت صديقه فأتى بحركة أصابه منها أذى، فهنا يسأل سائق السيارة مسؤولية كاملة.

وعلى العكس إذا كان فعل المدعى عليه نتيجة لفعل المضرور انتفت مسؤولية الأول لانعدام علاقة السببية، كما لو دهس سائق سيارة أحد المارة نتيجة لتحول هذا الآخير فجأة من أحد جانبي الطريق الى الجانب الآخر.

هذا وقد أشار المشرع الاردني في القانون المدني لأثر استغراق أحد الفعلين

للفعل الآخر في المادة ٢٦٤ التي تنص على أنه «يجوز للمحكمة أن تنقص مقدار الضمان أو أن لا تحكم بضمان ما إذا كان المتضرر قد اشترك بفعله في إحداث الضرر أو زاد فيه»(١). وهذه المادة تعالج عدة فروض وهي:

١ ـ إحتمال عدم إنقاص القاضي لشيء من الضمان، و يكون ذلك في حالة استغراق فعل المسؤول فعل المضرور. وهذا الحكم مستفاد من قول المشرع «يجوز للحكمة أن تنقص مقدار الضمان»، لأنه ما دام الانقاص جوازي للقاضي، فقد لا ينقص من الضمان شيئا اذا وجد أن فعل المضرور قد استغرقه فعل المسؤول.

٢ ـ ألا يحكم القاضي بضمان ما، وهذا يفترض أن فعل المدعى عليه قد استغرقه فعل المضرور.

٣ ـ انقاص القاضي مقدار الضمان، وهذا يكون في حالة الانحراف المشترك أي في حالة عدم استغراق أحد الفعلين للفعل الآخر.

٥٠٩ ـ **استقلال كل من الفعلين عن الفعل الآخر**: إذا لم يستغرق أحد الفعلين الفعل الآخر قيل أن هناك انحرافاً مشتركاً في السلوك، كما لو دهست سيارة مسرعة شخصاً ثملا.

والأصل أن كلا من الفعلين يعتبر سببا متكافئا أو منتجا في إحداث الضرر، ولذا لا يتحمل المدعى عليه كامل المسؤولية بل توزع بينه و بين المضرور. وقد تناول المشرع الأردني في المادة ٢٦٥ مدني الأساس الذي يتم بناء عليه هذا التوزيع فقرر أنه «إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار، كان كل منهم مسؤولا بنسبة نصيبه فيه، وللمحكمة أن تقضي بالتساوي أو بالتضامن والتكافل فيما بينهم».

والذي يخلص من هذا النص أن توزيع المسؤولية يكون على أساس جسامة كل فعل، أما اذا لم تختلف الافعال قوة وضعفا في إحداث الضرر، أو لم يتبين اختلافها في إحداثه، فتوزع المسؤولية بين المضرور والمدعى عليه (أو المدعى غليهم) بالتساوي أي على عدد الرؤوس، وهذا هو الحكم في الفقه الاسلامي كذلك. و يجوز للمحكمة أن تقضي بالتضامن فيما بين المسؤولين المتعددين.

---

١. تقابل المادة ٢١٦ من التقنين المدني المصري. وراجع تمييز حقوق في ١٩٨١/١١/٢٤ مجلة نقابة المحامين س ٣٠ ع ٤ ـ ٧ رقم ٨١/٥٨٦ ص ٥٥٣.

٣ ـ فعل الغير

٥١٠ ـ **أثر تداخل فعل الغير مع فعل المدعى عليه :** لكي يعتد بفعل الغير في تحديد مسؤولية المدعى عليه، يتعين أن يكون هذا الفعل انحرافاً، فان لم يكن كذلك فلا أثر له على مسؤولية المدعى عليه.

والغير الذي يعتد بفعله يجب ألا يكون من الأشخاص الذين يسأل عنهم المدعى عليه، أو بعبارة أخرى يجب الا يكون المدعى عليه في مركز المكلف بالرقابة أو في مركز المتبوع بالنسبة إلى الغير (م ٢٨٨ مدني أردني)، لأنه لو كان كذلك لامتنع عليه الاحتجاج بفعل من هو في رقابته أو بفعل تابعه.

وفعل الغير يؤثر على مسؤولية المدعى عليه فينفيها اذا كان مستغرقا لفعل الآخير، كما لو صدم الغير بسيارته عمداً سيارة المدعى عليه فانقلبت وأصيب المضرور؛ أو يخفف منها اذا كان مشتركا مع فعل المدعى عليه في إحداث الضرر دون أن يستغرقه، كما لو تصادمت سيارة المدعى عليه مع سيارة الغير فاصيب المضرور بجرح.

أما إذا كان فعل المدعى عليه مستغرقاً لفعل الغير فلا يعتد بالفعل الأخير، وتقوم مسؤولية المدعى عليه كاملة.

٥١١ ـ **حكم تعدد المسؤولين :** اذا استقل كل من الفعلين عن الفعل الآخر اعتبر كل منهما سبباً في إحداث الضرر، وهذه هي حالة تعدد المسؤولين، وفيها كما سبق أن ذكرنا توزع المسؤولية على أساس جسامة كل فعل، فان لم يتبين اختلافها في إحداثه فتوزع المسؤولية بالتساوي فيما بين المسؤولين المتعددين، مع جواز القضاء بالتضامن فيما بينهم.

المبحث الثاني
آثار المسؤولية

٥١٢ ـ **منهج البحث :** يترتب على قيام المسؤولية التقصيرية، التزام المسؤول بتعويض المضرور، وهذا الالتزام مصدره، كما نعلم، الفعل الضار. وسنتناول فيما يتعلق بدراسة آثار المسؤولية : أولاً ـ بحث كيفية حصول المضرور على حقه في الضمان عن طريق دعوى المسؤولية؛ وثانياً ـ بحث جزاء المسؤولية أي الضمان.

المطلب الأول
دعوى المسؤولية

٥١٣ ـ **بيان المسائل الواجبة البحث :** تخضع دعوى المسؤولية للأحكام العامة في شأن سائر الدعاوى، إلا أنها تثير في خصوصيات بحثنا مسائل معينة تستدعي إهتماما خاصا. وهذه المسائل هي: ١ ـ طرفا الدعوى. ٢ ـ سبب الدعوى وعدم سماعها. ٣ ـ الاثبات. ٤ ـ حجية الشيء المقضي أي الحكم النهائي. ٥ ـ رقابة محكمة التمييز فيما يتعلق بأركان المسؤولية. ٦ ـ طبيعة الحكم الصادر في دعوى المسؤولية.

أولا ـ طرفا الدعوى

٥١٤ ـ **ممن ترفع دعوى المسؤولية :** الأصل أن ترفع دعوى المسؤولية من المضرور إلا اذا لم تكن له أهلية التقاضي فترفع من نائبه أو الوصي أو القيم. وإذا كان المضرور مدينا فلدائنه طلب التعويض باسمه عن طريق الدعوى غير المباشرة بشرط أن يكون الضرر الذي أصاب المدين ماديا، فاذا كان الضرر الذي أصابه معنويا امتنع على الدائن استعمال الدعوى غير المباشرة، إلا إذا كان هذا الضرر جسمانيا وترتب عليه عجز المدين كليا أو جزئيا عن العمل.

واذا توفى المضرور، وكان الضرر الذي أصابه ماديا، انتقل الحق في التعويض عنه الى الورثة كل بقدر نصيبه في الميراث. أما إذا كان الضرر الذي أصابه معنويا فلا ينتقل إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم قضائي نهائي (م ٣/٢٦٧ مدني اردني) وقد سبق بحث ذلك.

هذا وقد يقع أن يكون المضرور جماعة، وهنا يجب التفرقة بين ما إذا كان لهذه الجماعة شخصية معنوية أو لا، فاذا كان لها شخصية معنوية كشركة أو جمعية أو نقابة كان لها رفع دعوى الضمان عن الضرر الذي أصابها، أما الضرر الذي يصيب فرداً من أفرادها فيكون طلب التعويض عنه من شأن هذا الفرد وحده؛ غير أنه فيما يتعلق بالنقابات استقر الفقه على أن لها أن ترجع بالضمان على أي شخص اعتدى على المصلحة العامة للمهنة التي تمثلها ولو لم يكن لها في ذلك مصلحة شخصية؛ فعدم مراعاة صاحب العمل لقوانين العمل بالنسبة إلى العمال الذين يستخدمهم يخول نقابة العمال الحق في الرجوع عليه بالضمان.

أما إذا لم يكن للجماعة شخصية معنوية فلا يجوز لها بوصفها جماعة

الرجوع على المسؤول بالتعويض، ولكن لأي فرد ينتمي إلى هذه الجماعة الرجوع بدعوى المسؤولية اذا ثبت أنه قد لحقه ضرر شخصي من الاعتداء على مصلحة الجماعة.

٥١٥ ـ **على من ترفع دعوى المسؤولية**: ترفع دعوى المسؤولية على المسؤول سواء كان مسؤولا عن فعله الشخصي أم عن فعل الغير، وإذا توفي المسؤول رفعت الدعوى على ورثته، غير أنه لما كانت القاعدة في الشريعة الاسلامية ألا تركة الا بعد سداد الديون، فالتركة تكون هي المسؤولة بعد وفاة المسؤول، و يمثلها أي وارث في دعوى المسؤولية؛ هذا بالنسبة الى الخلف العام للمسؤول. أما بالنسبة إلى الخلف الخاص، فالأصل أنه لا يجوز الرجوع عليه بالضمان بسبب خطأ السلف الا إذا تجمعت في جانبه من جديد أركان المسؤولية بسبب المال الذي تلقاه من السلف.

وإذا تعدد المسؤولون عن الضرر الواحد فتطبق في شأنهم نص المادة ٢٦٥ مدني السابق ذكرها(١).

وكما قد يكون المدعى في دعوى المسؤولية شخصا معنويا، كذلك يجوز أن يكون المدعى عليه في هذه الدعوى شخصاً اعتبارياً، ولا يعترض على ذلك بأن الانحراف لا يتصور وقوعه من الشخص المعنوي، لأن هذا الانحراف قد يقع من أحد اعضائه (organes) أثناء مباشرته عمله فتتحقق بذلك مسؤولية الشخص المعنوي.

ثانياً ـ سبب الدعوى وعدم سماعها

٥١٦ ـ **سبب الدعوى**: الأصل أن سبب الدعوى هو الحق الذي اعتدى عليه، أو هو فيما يتعلق بدعوى المسؤولية الضرر الذي أصاب المضرور والسبب (cause) على هذا النحو لا يختلف باختلاف الوسيلة (moyen)، ووسيلة المدعى في الحصول على حقه في الضمان عن الضرر الذي لحقه هي الادعاء بفعل ضار اقترفه المدعى عليه. والفعل الضار قد يكون عقديا أو تقصيرياً والفعل التقصيري قد يكون واجب الاثبات وقد يكون مفترضاً. وكافة هذه الأنواع للفعل تعتبر من قبيل الوسيلة، ولذا يكون للمدعى اذا استند الى وسيلة منها أن يعدل عنها الى وسيلة أخرى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف دون أن يعتبر ذلك طلباً جديداً؛ كذلك يجوز للقاضي وإن استند المدعى في دعواه إلى نوع معين من الفعل أن يبنى حكمه على نوع آخر دون أن يعتبر

١. راجع تمييز في ١٩٨٠/٧/٧ مجلة نقابة المحامين ١٩٨١ س٢٩ ع ٥ ـ ٨ رقم ٨٠/٢٧٤ ص٦١٦، وقد جاء في القرار أنه «إذا تعدد المسؤولون عن الفعل الضار كان كل منهم مسؤولا بنسبة نصيبه فيه».

بذلك قد قضى بشيء لم يطلبه الخصوم.

وأخيرا إذا رفع المدعى دعوى المسؤولية بالاستناد إلى فعل ضار معين، ورفضت الدعوى فلا يجوز له رفعها من جديد بالاستناد الى وصف آخر للفعل، لأن سبب الدعوى واحد في الحالتين، أو بعبارة أخرى أن للحكم الصادر في الدعوى قوة الشيء المقضي.

هذا هو الرأي الراجح في تحديد سبب دعوى المسؤولية، إلا أن القضاء الفرنسي لا يأخذ به، بل يذهب إلى أن السبب في دعوى المسؤولية هو النص القانوني الذي يستند إليه المدعي، وعلى ذلك يعتبر سبب دعوى المسؤولية العقدية مختلفاً عن سبب دعوى المسؤولية التقصيرية، و بالنسبة لدعوى المسؤولية التقصيرية يختلف السبب باختلاف نوع الفعل الضار المدعى به، بأن كان ثابتاً أم مفترضاً. و يبنى على الأخذ بهذا الرأي عكس النتائج التي رتبناها على الرأي الأول: فلا يجوز للمدعى التمسك بنوع من الانحراف لأول مرة أمام محكمة الاستئناف لأن ذلك يعتبر طلبا جديداً، ولا يجوز للقاضي أن يحكم بالضمان بناء على نوع من الفعل الضار لم يتمسك به المدعى، وأخيراً إذا رفعت الدعوى على أساس نوع معين من الانحراف، ورفضت، فيجوز رفعها من جديد على أساس نوع آخر.

وفي مصر يتفق قضاء محكمة النقض في دائرتها الجنائية مع قضاء المحاكم الفرنسية، أما قضاء الدائرة المدنية فيأخذ بالرأي الأول وهو الأرجح.

١٥٧ ـ **عدم سماع الدعوى** : من الدفوع التي قد يلجأ اليها المدعى عليه للتخلص من التزامه بالضمان الدفع بعدم سماع دعوى المسؤولية، وقد تناول المشرع الاردني الأحكام الخاصة بعدم سماع هذه الدعوى في المادة ٢٧٢ من القانون المدني التي تنص على أنه «١ ـ لا تسمع دعوى الضمان الناشئة عن الفعل الضار بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر و بالمسؤول عنه. ٢ ـ على أنه اذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة وكانت الدعوى الجزائية ما تزال مسموعة بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة، فان دعوى الضمان لا يمتنع سماعها إلا بامتناع سماع الدعوى الجزائية. ٣ ـ ولا تسمع دعوى الضمان في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار».

ظاهر من هذا النص أنه يجب التفرقة فيما يتعلق بعدم سماع دعوى المسؤولية بين ما اذا كان الفعل الضار يعتبر انحرافا مدنيا أم انحرافاً جنائياً.

فاذا كان الفعل الضار يرتب المسؤولية المدنية فقط، فان دعوى المسؤولية عن الفعل لا تسمع بعد انقضاء ثلاث سنوات، لا من يوم وقوع الفعل، بل من يوم علم

المضرور بحدوث الضرر و بالشخص المسؤول عنه(١)، ولا تسمع في جميع الأحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار ولو لم يعلم بالأمرين السابقين.

وإذا كان الفعل الضار يرتب المسؤولية الجزائية إلى جانب المسؤولية المدنية، وكانت الدعوى الجزائية لا تسمع إلا بانقضاء مدة أطول من ثلاث سنوات، سرت هذه المدة في شأن الدعوى المدنية، بمعنى أنه يجوز سماعها ولو انقضت مدة الثلاث سنوات.

ثالثا ـ الاثبات

٥١٨ ـ **عبء الاثبات :** الأصل أن على المدعى أثبات جميع أركان المسؤولية من تعد وضرر وعلاقة سببية بين التعدي والضرر، وأن هذا الاثبات جائز بكافة الطرق بما فيها شهادة الشهود والقرائن، لأن الأركان السالفة جميعها تعتبر وقائع مادية. غير أن المدعى قد يعفى من أثبات أحد هذه الأركان إذا كان القانون قد افترض وجوده.

٥١٩ ـ **افتراض التعدي أو التقصير :** قد يفترض القانون التعدي أو التقصير في جانب المسؤول، وإن كان هذا الافتراض قد يقبل أثبات العكس. ومثال القرائن القانونية على التقصير،ما قرره المشرع في شأن مسؤولية المكلف بالرقابة؛ كمسؤولية الأب عن أعمال ولده، والمعلم عن أعمال تلاميذه، والمشرف في الحرفة على أعمال صبيانه (م ٢٨٨ الفقرة الأولى أ مدني اردني)؛ وكذلك مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع (م ٢٨٨ الفقرة الأولى ب)؛ ومسؤولية حارس الحيوان (م ٢٨٩ مدني اردني)؛ وحارس البناء (م ٢٩٠ مدني اردني)؛ وحارس الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة (م ٢٩١ مدني).

٥٢٠ ـ **افتراض الضرر :** قد يقيم المشرع قرينة قانونية على وقوع الضرر كما هو الشأن بالنسبة لاستحقاق الفوائد، فلا يلزم الدائن بأثبات أن ضرراً أصابه بسبب تأخر المدين في سداد الدين في موعد استحقاقه، بل لقد ذهبت محكمة التمييز الأردنية الى أن المادة ١٧٩ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية لا تشترط للحكم بالفائدة توجيه إخطار الى المدين قبل إقامة الدعوى(٢).

---

١. تمييز حقوق في ١٩٨٢/٨/٩ مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٨٢ س ٣٠ ع ٨ ـ ١٢ رقم ٨٢/٤٦٥ ص ١٥٦١.

٢. تمييز حقوق في ١٩٨٢/٤/٢٩ مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٨٢ س ٣٠ ع ٨ ـ ١٢ رقم ٨٢/٢٩٥ ص ١١١٨.

وتمييز حقوق في ١٩٨٤/٨/٣٠ مجلة نقابة المحامين س ٣٣ ع ١ ـ ٢ رقم ٨٤/٣٥٦ ص ١٢٧.

هذا و يلاحظ أنه في حالة قيام المسؤولية التقصيرية اذا اتفق المضرور مع المسؤول على مقدار التعويض، وعلى وجوب سداده في تاريخ معين، فان فوائد التأخير تستحق دون حاجة الى أثبات الضرر، ولا يستطيع المدين نفي وجوده. أما اذا كان التعويض قد تم قضائيا فلا تستحق فائدة عنه، وفي هذا تقول محكمة التمييز الاردنية أنه «اذا كان المبلغ المحكوم به لم ينشأ عن تعهد بتأدية نقود في وقت معين، وإنما هو تعويض عن الضرر الذي لحق بالبضاعة موضوع الدعوى، فلا يجوز الحكم بفائدة عن المبلغ المحكوم به، كما استقر على ذلك اجتهاد محكمة التمييز في العديد من أحكامها»(١).

٥٢١ ـ **افتراض علاقة السببية** : اذا اثبت المضرور التعدي أو التقصير والضرر قامت قرينة قضائية على توافر علاقة سببية بين التقصير والضرر، وتعين على المسؤول إقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي إذا أراد نفي المسؤولية عن نفسه، والسبب الأجنبي قد يكون القوة القاهرة أو الحادث المفاجيء أو فعل الغير أو فعل المضرور نفسه على التفصيل السابق إيراده.

رابعا ـ حجية الشيء المقضي

٥٢٢ ـ **حجية الحكم الجزائي بالنسبة الى القاضي المدني** : يتصل بدراسة دعوى المسؤولية بحث مدى ارتباط القاضي المدني بالحكم الجنائي (autorité sur le civil de la chose Jugeé au criminel) إذا كان الفعل الضار يعتبر جريمة جنائية.

القاعدة أن القاضي المدني يرتبط بالحكم الجزائي بالرغم من عدم وحدة الخصوم والموضوع والسبب في الدعو يين المدنية والجزائية؛ فالخصوم في الدعوى الجزائية وفيهم النيابة العامة غيرهم في الدعوى المدنية، وموضوع الدعوى الجزائية العقوبة بعكس الدعوى المدنية فموضوعها الضمان، وسبب الدعوى الجزائية هو حق المجتمع الذي اعتدى عليه على حين أن سبب الدعوى المدنية حق المضرور الذي انتهك. إنما سبب هذه القاعدة هو من ناحية ما للحكم الجزائي من حجية مطلقة في مواجهة الجميع ومنهم المضرور والمسؤول في الدعوى المدنية، ومن ناحية أخرى النظام العام الذي تأبى فكرته أن يتناقض الحكم المدني مع الحكم الجزائي لما في ذلك من فقد الثقة بالعدالة.

---

١. تمييز حقوق في ١٩٨٢/٥/٣١ مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٨٢ س ٣٠ ع ٨ ـ ١٢ رقم ٨١/٥٣٦ ص ١٢٥٠.

على أن قاعدة ارتباط القاضي المدني (و يقصد بذلك قاضي المحاكم المدنية أو التجارية أو الادارية) بالحكم الجزائي ليست مطلقة من كل قيد، بل يرد عليها قيدان، نتاولهما فيما يلي:

٥٢٣ ـ القيد الأول ـ أن يكون الحكم المقيد للقاضي المدني حكما جزائيا: يشترط في الحكم الذي يقيد القاضي المدني أن يكون حكما جزائيا نهائيا سواء صدر من جهة عادية أم جهة استثنائية كالمحاكم العسكرية. و يجب أن يكون هذا الحكم صادراً في الموضوع، إذ لا عبرة في هذا الشأن بالأحكام التحضيرية أو التمهيدية أو بأعمال التحقيق أو أوامر النيابة العامة.

و يجب بداهة أن يكون الحكم الجزائي سابقاً على الحكم المدني إذ لا يعقل وقد صدر الحكم المدني أن ينعى عليه مخالفته حكما جزائيا لم يكن موجوداً وقت صدوره، والغالب أن يسبق الحكم الجزائي في صدوره الحكم المدني لأن القاعدة هي وجوب وقف الدعوى المدنية حتى يفصل نهائيا في الدعوى الجزائية.

٥٢٤ ـ القيد الثاني ـ أن القاضي المدني لا يتقيد إلا بما فصل فيه الحكم الجزائي من وقائع وكان فصله فيها ضروريا[١]: من مقتضى هذا القيد أن القاضي المدني لا يتقيد بالتكييف القانوني الذي أعطاه القاضي الجزائي لوقائع الدعوى، فمثلا اذا قتل شخص في حادث سيارة وصدر الحكم الجزائي ببراءة المتهم لأن الوقائع التي ثبتت لا يمكن تكييفها من الناحية الجزائية بأنها فعل معاقب عليه، فلا يتقيد القاضي المدني بهذا التكييف الجزائي، بل يتعين عليه الأخذ بالتكييف المدني الذي يفترض التقصير في جانب سائق السيارة.

كذلك ينبني على هذا القيد أن القاضي المدني لا يتقيد بما فصل فيه الحكم الجزائي بالنسبة إلى كافة الوقائع، بل يتقيد فقط بما كان فصله فيها ضروريا، أي بما كان يتعين عليه اثباته من وقائع وإلا انهدم. ولما كان الحكم الجزائي قد يصدر بالادانة أو بالبراءة فيلزم بحث كل من هذين الفرضين.

٥٢٥ ـ الفرض الأول ـ الحكم الجزائي صادر بالادانة: يتعرض الحكم الجزائي لركن التعدي لأن على أساسه قضى بالادانة، غير أنه قد يتعرض لركن الضرر والسببية.

فبالنسبة لركن التعدي يتقيد القاضي المدني بما أثبته الحكم الجزائي، لأن

---

١. راجع تمييز حقوق في ١٩٨٤/١٢/٢٤ وقد جاء في القرار أنه «يتعين على القاضي المدني الارتباط في الوقائع التي فصل فيها الحكم الجزائي، ما لم يكن الفصل في الوقائع كان بدون ضرورة» مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٨٥ س٣٣ ع ٣ ـ ٤ رقم ٨٤/٧٤٢ ص٤٤٧.

الأصل أن كل فعل ضار يرتب المسؤولية الجزائية يرتب في نفس الوقت المسؤولية المدنية، أما العكس فغير صحيح. فاذا أثبت الحكم الجزائي أن المتهم مسؤول عن الفعل فلا يجوز للقاضي المدني نفي المسؤولية عن المدعى عليه بمقولة أنه كان في حالة دفاع شرعي مثلا، وإذا وصف الحكم الجزائي التعدي بأنه عمد أو غير عمد فلا يجوز للقاضي المدني أن يحيد عن هذا التكييف لتعلق وصف الجريمة بوصف التعدي من حيث كونه عمداً أو غير عمد.

أما وصف التعدي بأنه جسيم أو يسير فلا يقيد القاضي المدني، لأن جسامة الفعل وإن كانت تؤثر في تقدير العقوبة إلا أنها لا تؤثر على وصف الجريمة.

أما بالنسبة لركن الضرر، وما يصدق عليه يصدق على علاقة السببية، فان تعرض الحكم الجزائي له اذا كان ضروريا يقيد القاضي المدني، سواء في ذلك نفى الحكم الجزائي وجود الضرر أم أثبت قيامه، فمثلا اذا قرر الحكم الجزائي أن الجريمة شروع وأن الضرر لم يحدث تقيد القاضي المدني بذلك. أما اذا لم يكن الضرر مكوناً لركن الجريمة فسيان أثبته الحكم الجزائي أو استبعد وقوعه، فان ذلك لا يقيد القاضي المدني.

٥٢٦ ـ **الفرض الثاني ـ الحكم الجزائي صادر بالبراءة:** اذا صدر الحكم الجزائي بالبراءة تقيد القاضي المدني بما أثبته هذا الحكم مما يعد ضروريا لقيامه. فاذا اثبت القاضي الجزائي عدم وقوع التعدي[١] أو عدم نسبة الفعل الضار الى المتهم، أو عدم مسؤولية المتهم عن الاعتداء الحاصل لأنه كان في حالة دفاع شرعي، تقيد القاضي المدني بما أورده الحكم الجزائي في هذا الخصوص، لأن ما تعرض له هذا الحكم كان لازماً لقيامه.

أما إذا تعرض القاضي الجزائي للضرر فنفى وقوعه ولم يكن الضرر ركنا في الجريمة الجنائية فلا يتقيد القاضي المدني بذلك، وإذا حكم القاضي الجزائي بالبراءة لأن الفعل المنسوب إلى المتهم لا يكون فعلا جنائيا، فلا يمنع ذلك من مساءلة المتهم مساءلة مدنية لأن الفعل قد يعتبر بالرغم من ذلك تعديا مدنيا، وإذا قضى بالبراءة

---

١. ذهبت محكمة التمييز إلى أنه «إذا قضى الحكم الجزائي بأن المدعي لم يرتكب خطأ أو مخالفة للقانون سببت أو ساهمت بوقوع الحادث وقضى بعدم مسؤوليته فيكون هذا الحكم حجة بما فصل فيه، وبالتالي فان شركة التامين التي أمنت سيارته لا تكون مسؤولة عن تعويض الاضرار المدعى بها» (مجلة نقابة المحامين ١٩٨١ س٢٩ ع ٩ ـ ١٢ رقم ٨١/١٤٢ ص ١٥٩٤).

وراجع تمييز في ١٩٨٤/٩/١٧ مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٨٥ س٣٣ ع ٣ ـ ٤ رقم ٨٤/٤٣٩ ص٤٥٨.

لانقضاء ميعاد سماع الدعوى الجزائية، فلا يحول ذلك من الحكم على المدعى عليه بالضمان إذا كانت الدعوى المدنية ما تزال مسموعة. أخيراً لا يتقيد القاضي المدني بالتكييف القانوني الذي أعطاه الحكم الجزائي للوقائع، وقد سبق بيان ذلك.

خامساً ـ رقابة محكمة التمييز فيما يتعلق بأركان المسؤولية

٥٢٧ ـ **المبدأ العام** : القاعدة العامة في شأن سلطة محكمة التمييز بالنسبة لأركان المسؤولية أنه لا يخضع لرقابة هذه المحكمة ما يثبته قاضي الموضوع من وقائع مادية، على حين يدخل في سلطتها التكييف القانوني لهذه الوقائع، ولننظر الآن في كيفية إنطباق هذه القاعدة على أركان المسؤولية.

٥٢٨ ـ **الرقابة على ركن التعدي** : لا يدخل في رقابة محكمة التمييز ما تسجله محكمة الموضوع من وقائع مادية قدمها المدعى لاثبات التعدي. أما التكييف القانوني لهذه الوقائع من حيث أنه يصدق عليها وصف التعدي، وهل هو تعدي متعمد أو غير متعمد، جسيم أو يسير، واجب الأثبات أم مفروض، وهل المسؤولية عقدية أم تقصيرية، فيخضع لرقابة محكمة التمييز.

كذلك يخضع لرقابة هذه المحكمة على اعتبار أنه من مسائل القانون، تقدير ما اذا كان التعدي مشروعا أم غير مشروع، كحالة الدفاع الشرعي مثلا.

٥٢٩ ـ **الرقابة على ركن الضرر** : ليس لمحكمة التمييز رقابة على ما تقرره محكمة الموضوع من وقائع مادية في شأن الضرر، كقولها أن المضرور قد أصيب بجرح أو أن مالا له قد أتلف، أما التكييف القانوني لهذه الوقائع من حيث كفايتها لتكو ين ركن الضرر، ومن حيث طبيعة هذا الضرر، هل هو ضرر محقق أو احتمالي، مباشر أم غير مباشر، متوقع أو غير متوقع، مادي أو أدبي، فتعتبر من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة التمييز. كذلك يعتبر من مسائل القانون كيفية تقسيم التعو يض في حالة تعدد المسؤولين بالنسبة التي يوجبها المشرع، أما تقدير قيمة الضمان وتعيين طريقة دفعه فمن المسائل التي تدخل في نطاق الواقع، ولا تنصرف إليها سلطة محكمة التمييز.

٥٣٠ ـ **الرقابة على ركن السببية** : لا رقابة لمحكمة التمييز على قاضي الموضوع فيما يثبته من وقائع تؤدي إلى قيام علاقة السببية بين التعدي والضرر، غير أن التكييف القانوني لهذه الوقائع، وهل تكفي لتوافر علاقة السببية، وما هو السبب

الاجنبي الذي يترتب على وجوده انتفاء هذه العلاقة، وحكم تعدد الأسباب، وما يترتب على تعاقب الاضرار، فجميعها من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة التمييز.

سادساً ـ طبيعة الحكم الصادر في دعوى المسؤولية

٥٣١ ـ **اختلاف وجهات النظر** : إذا كانت طبيعة الحكم الصادر في دعوى المسؤولية العقدية لم تثر أي خلاف، بل اتفق الرأي على اعتباره حكما مقرراً (déclaratif)، فان طبيعة الحكم الصادر في دعوى المسؤولية التقصيرية لم تحظ بهذا الاجماع، بل اختلف الفقهاء في شأنها، فمنهم من رد مصدر الحق في التعويض إلى العمل الضار، واعتبر بناء على ذلك أن الحكم الصادر في الدعوى حكما مقرراً، ومنهم من رده الى الحكم نفسه واعتبره بناء على ذلك حكما منشئا (attributif).

الا أن من الشراح من يرى التوفيق بين الرأيين السابقين على أساس التفرقة بين الالتزام باصلاح الضرر وبين الالتزام بدفع التعويض.

فحق المضرور في التعويض ينشأ من وقت وقوع العمل غير المشروع أو بتعبير أدق من وقت تحقق الضرر، ولذا يرجع الى هذا الوقت في شأن تحديد سريان مواعيد عدم سماع الدعوى، وتعيين القانون الواجب التطبيق، والسماح للمضرور باتخاذ الاجراءات التحفظية، وتمكينه من رفع دعوى عدم نفاذ التصرفات التي يأتيها المسؤول بعد وقوع الضرر وقبل صدور الحكم.

أما الالتزام بدفع التعويض فلا يكون إلا من وقت صدور الحكم، لأن بالحكم يصبح التعويض مقدراً، ولذا يكون الحكم بالنسبة لمقدار التعويض حكماً منشئا.

المطلب الثاني
الضمان

٥٣٢ ـ **منهج البحث** : يتصل بدراسة الضمان، وهو جزاء المسؤولية بحث : أولا ـ طرق الضمان أو التعويض؛ ثانياً ـ تقدير الضمان، ثالثا ـ الاتفاقات الخاصة بالمسؤولية.

أولا ـ طرق الضمان

٥٣٣ ـ **النص القانوني** : تنص المادة ٢٦٩ من القانون المدني الأردني على أنه «١ ـ يصح أن يكون الضمان مقسطا كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا و يجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً تقدره المحكمة. ٢ ـ و يقدر الضمان بالنقد على أنه يجوز للمحكمة تبعا للظروف و بناء على طلب المضرور أن تأمر باعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن تحكم باداء معين متصل بالفعل الضار على سبيل التضمين» (١).

ظاهر من النص السابق الذكر أن الضمان قد يكون عينيا أو بمقابل، وأن الضمان بمقابل قد يكون نقديا أو غير نقدي.

٥٣٤ ـ **الضمان العيني** : يعتبر الضمان العيني أفضل طرق الضمان لأنه يؤدي الى اصلاح الضرر اصلاحا تاما باعادة الحالة الى ما كانت عليه. والقاضي ملزم بالحكم بالضمان العيني إذا كان ممكناً وطلبه الدائن أو تقدم به المدين.

والتعو يض العيني يكون عادة ممكناً بالنسبة للالتزامات العقدية، فمثلا اذا امتنع بائع العقار عن القيام بالاجراءات اللازمة لانتقال الملكية، فيمكن للمشتري التغلب على امتناعه برفع دعوى صحة التعاقد للحصول على حكم بثبوت البيع، وإذا سجل هذا الحكم انتقلت إليه الملكية.

أما بالنسبة للمسؤولية التقصيرية، فيتصور الحكم بالتعو يض العيني في بعض الحالات، كالحكم بهدم الحائط المقام بقصد منع الهواء وحجب الضوء عن عقار الجار، غير أنه في غالب الأحيان يتعذر ذلك و يتعين الالتجاء الى التعو يض النقدي أي الضمان بمقابل. فمثلا فيما يتعلق بمضايقات الجوار، لا يستطيع القاضي أن يحكم بغلق المحلات المقلقة للراحة أو المضرة بالصحة التي سمحت جهة الادارة بتشغيلها.

٥٣٥ ـ **الضمان بمقابل** : قد يكون الضمان بمقابل غير نقدي وقد يكون نقدياً. ومثال الضمان بمقابل غير النقدي ما تقضي به المحاكم في دعاوى السب والقذف من نشر الحكم الصادر بادانة المسؤول في الصحف. غير أن الضمان النقدي هو أكثر طرق الضمان ملاءمة لاصلاح الضرر المترتب على العمل غير المشروع.

---

١. تقابل المادة ١٧١ من التقنين المدني المصري.

راجع في موضوع التعو يض: «توسيان ريبير» رسالة باريس سنة ١٩٣٣ ـ «ديوا» رسالة من «ليون» سنة ١٩٣٥ ـ «جيفور» رسالة من «جرنيو بل» سنة ١٩٣٨.

والأصل في الضمان النقدي أن يكون مبلغاً معيناً يعطى دفعة واحدة للمضرور، الا أن ليس هناك ما يمنع من أن يكون الضمان النقدي مبلغا مقسطا أو إيراداً مرتبا لمدى الحياة، والمسألة في ذلك راجعة إلى تقدير القاضي دون توقف على طلب المضرور، فقد يرى القاضي تقسيط مبلغ الضمان حتى يشفى المضرور من إصابته، وقد يرى الحكم له بايراد مرتب لمدى الحياة اذا ترتب على الاصابة عجزه كليا أو جزئياً عن العمل عجزاً دائما. واذا كان التعو يض أي الضمان مبلغا مقسطا أو إيراداً مرتبا لمدى الحياة فيجوز الحكم على المسؤول بتقديم تأمين لضمان الوفاء به، وليس هناك ما يمنع في هاتين الحالتين من الزام المسؤول بدفع مبلغ من المال الى شخص ثالث كشركة تأمين، على أن يتولى هذا الشخص دفع المبلغ المقسط أو الايراد المرتب.

ثانيا ـ تقدير الضمان

٥٣٦ ـ **النصوص القانونية :** تنص المادة ٢٦٦ من القانون المدني الأردني على أنه «يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار».

وتنص المادة ٢٦٧ على أنه «١ ـ يتناول حق الضمان الضرر الأدبي كذلك. فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المعتدي مسؤولا عن الضمان. ٢ ـ و يجوز أن يقضي بالضمان للأزواج وللأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب. ٣ ـ ولا ينتقل الضمان عن الضرر الأدبي إلى الغير إلا اذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم قضائي نهائي».

وتنص المادة ٢٦٨ بأنه «اذا لم يتيسر للمحكمة أن تعين مدى الضمان تعيينا نهائيا فلها أن تحتفظ للمتضرر بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة باعادة النظر في التقدير».

وتقرر المادة ٢٦٣ أنه «إذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون أو في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلا حين وقوعه».

٥٣٧ ـ **الضمان عن الضرر المباشر :** يخلص من المواد السالفة الذكر أن الضمان يكون عن الضرر المباشر سواء كان متوقعاً أو غير متوقع، وهذا بخلاف المسؤولية العقدية حيث لا يكون الضمان في الأصل إلا عن الضرر المباشر المتوقع.

والضرر المباشر يشتمل على عنصرين أساسيين هما الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذي فاته، فمثلا لو تسبب شخص في إتلاف منقول لأخر، وكان هذا المنقول قد اشتراه صاحبه بمبلغ مائة دينار، وحصل على وعد من الغير بشرائه بمبلغ مائة وعشرين ديناراً، فالمائة هي الخسارة التي لحقت مالك المنقول، والعشرون هو الكسب الذي فاته.

٥٣٨ ـ **التناسب بين الضمان والضرر :** القاعدة في تقدير الضمان هي وجوب تحقيق التناسب بينه و بين الضرر دون الاعتداد بجسامة الفعل الضار، لأن المسؤولية المدنية لا يقصد بها معاقبة المسؤول، بل تعو يض المضرور، الا أنه من الناحية العملية ونزولا على مقتضيات العدالة، يدخل القضاء في حسابه عادة عند تقدير الضمان درجة جسامة التعدي الواقع من المسؤول، ومع ذلك فهناك حالة يعتد فيها بجسامة التعدي وهي حالة تعدد المسؤولين، فاذا تعدد المسؤولون عن الضرر وكان من بينهم المضرور جاز توزيع المسؤولية فيما بينهم بحسب جسامة الفعل الواقع من كل منهم (م ٢٦٤ و ٢٦٥ مدني اردني).

و يتفرع على قاعدة تحقيق التناسب بين الضمان والضرر عدم جواز إثراء المضرور بلا سبب على حساب المسؤول، فمثلا اذا كان الضرر هو إتلاف متاع قديم مملوك للمضرور وأعطاه عنه المسؤول متاعا جديداً، فيتعين على المضرور أن يدفع المتاع القديم إلى المسؤول حتى لا يجمع بين المتاعين القديم والجديد. أما الفرق بين قيمة المتاعين، فمن رأي البعض وجوب رده الى المسؤول وفقاً لقواعد الاثراء بلا سبب، ومن رأي البعض الأخر عدم جواز ذلك.

هذا و يتصل بموضوع تحقيق التناسب بين التعو يض والضرر مسألة الجمع بين تعو يضين، وهي تتناول حالة اجتماع التعو يض مع مبلغ التأمين، وحالة اجتماع التعو يض أي الضمان مع نفقة أو إيراد، وسنبحث فيما يلي هاتين الحالتين.

٥٣٩ ـ **اجتماع الضمان مع مبلغ التامين :** القاعدة أنه يجوز للشخص أن يؤمن لدى شخص آخر (شركة تأمين) على مسؤوليته سواء كانت عقدية أم تقصيرية، وسواء كان الخطأ التقصيري واجب الاثبات أم مفترضا، وسواء كان الفعل الضار الواجب الاثبات يسيراً أم جسيما بشرط الا يكون متعمداً، لأن التأمين على الفعل الضار المتعمد في هذه الحالة يؤدي إلى الغش وهذا غير جائز.

كذلك يجوز للشخص أن يؤمن على المسؤولية عن عمل الغير حتى ولو كان فعل الغير متعمداً، لأن التأمين في هذه الحالة لن يؤدي الى الغش من جانب المؤمن.

فـاذا فـرض وأن كـان إصـلاح الـضرر مؤمنا عليه، فهل يجوز للمضرور الجمع بيـن مبلغ التأمين والضمان؟ يتعين للاجابة على ذلك التمييز بين ما اذا كان المؤمن له هو المسؤول أو المضرور.

فـاذا كـان المـؤمن هو المسؤول، فلا يقبل من المضرور الذي حصل على الضمان مـن المـؤمـن الـرجـوع بـعـد ذلـك على المسؤول بضمان آخر، إلا إذا كان الضمان الذي حصل عليه من المؤمن ليس كاملا.

فـاذا كـان المـضرور مـؤمـنـاً على حياته أو على ما عسى أن يقع له من حوادث كان له أو للورثة الجمع بين مبلغ التأمين ومبلغ الضمان، لأن مبلغ التأمين ليس له صفـة الـتعو يض ولا يؤدي بالتالي الى إجتماع تعو يضين أي ضمانين عن ضرر واحد، بل هو مقابل لأقساط التأمين التي دفعها المضرور لشركة التأمين، وهذا الحكم يمليه نـص المـادة ٩٤٨ مـن الـقانون المدني الأردني التي تقضي بأنه «اذا دفع المؤمن ــ في الـتأمين على الحياة ــ مبلغ التأمين فليس له حق الحلول محل المؤمن له أو المستفيد في حقوقه قبل المتسبب في الحادث المؤمن منه أو المسؤول عنه».

وقد يقال أن التعليل السابق يصدق كذلك على حالة ما إذا كان المضرور مؤمنا على مـال لـه كـمـنـزل مـثـلا، ووقـع الـضـرر بـأن تـسـبـب الغير في احراقه. غير أننا لا نستطيع مع ذلك القول بجواز الجمع بين مبلغ التأمين ومبلغ الضمان نظراً لما جاء في المـادة ٩٢٦ مدني أردني من أنه «يجوز للمؤمن أن يحل محل المؤمن له بما دفعه من ضمان عن ضرر في الدعاوى التي تكون للمؤمن له قبل من تسبب في الضرر الذي نجـمـت عـنـه مـسـؤولـيـة المـؤمن ما لم يكن من أحدث الضرر غير المتعمد من أصول وفـروع المـؤمـن لـه أو مـن أزواجـه وأصـهـاره أو ممن يكونون لـه في معيشة واحدة أو شخصا يكون المؤمن له مسؤولا عن افعاله». إذ من مقتضى هذا النص أن المضرور لا يـجـمـع في حـالـة الـتـأمـين على الأشياء بين مبلغ التأمين ومبلغ الضمان الا اذا كان المبلغ المؤمن به لا يكفي لاصلاح كل الضرر. والعلة في ذلك هو الخشية من أن يصبح الـتـأمـيـن على الأشـيـاء مـصـدر ربـح لـلـمـؤمـن له، لأن في مكنة الحصول على مبلغي الـضـمـان والـتـأمـيـن معا، أي في مكنة الجمع بينهما ما قد يغريه على تسهيل إضرار الـغـيـر بالشيء المؤمن عليه. وعلى هذا الحكم سار قضاء محكمة التمييز الأردنية كما

يستخلص من العديد من أحكامها(١).

٥٤٠ ـ **اجتماع الضمان مع نفقة أو إيراد :** قد يترتب للمضرور بسبب العمل الضار، بجانب حقه في الضمان قبل المسؤول عن الفعل، حق في تعويض آخر أو في نفقة أو في معاش استثنائي؛ فمثلا إذا تسبب عامل في مصنع في إصابة عامل آخر، كان للعامل المضرور بجانب حقه في الضمان الكامل قبل العامل المسؤول، حق في تعويض جزافي يقدره قانون إصابات العمل قبل صاحب المصنع؛ ومثلا قد يترتب على الحادث بجانب حق المضرور في الضمان الكامل قبل المسؤول، عجز عن العمل يخوله الرجوع بالنفقة عل من تجب عليه النفقة بسبب العجز عن العمل؛ ومثلا قد يصاب الموظف في حادث تكون الحكومة مسؤولة عنه، فيكون له بجانب التعويض الكامل عن هذا الحادث حق في معاش استثنائي يرتبه القانون في هذه الحالة.

فهل للمضرور في هذه الصور الثلاث أن يجمع بين التعويضين، أو بين الضمان والنفقة، أو بين الضمان والمعاش الاستثنائي.

الجواب على هذا السؤال تحدده قاعدة عدم جواز الجمع بين تعويضين، لأن الفعل الضار لا يجب ان يكون سبباً في إثراء المضرور، وعلى ذلك لا يجوز للعامل المصاب أن يجمع بين التعويض الكامل والتعويض الجزافي، ولا يجوز للمضرور أن يجمع بين التعويض والنفقة أو بين التعويض والمعاش الاستثنائي، لأن أساس النفقة هي الحاجة وقد سدت بالتعويض المحكوم به، فان لم يسدها كاملة كما لو كان تعويضا جزافيا جاز الجمع في هذه الحدود بين التعويض والنفقة، وكذلك للمعاش الاستثنائي صفة التعويض لأن الحق فيه لم ينشأ إلا بسبب الضرر الذي لحق المضرور، فلا يجوز له الجمع بينه وبين تعويض آخر. أما الجمع بين الضمان والمعاش العادي فجائز لأن المعاش العادي ليست له صفة التعويض، بل هو مقابل الاستقطاعات الدورية التي أخذت من المرتب. وكذلك الجمع بين المكافأة والضمان في حالة فصل العامل تعسفياً(٢).

١. راجع تمييز حقوق في ١٩٨٢/٥/٩ مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٨٢ س ٣٠ ع ٨ ـ ١٢ رقم ٨١/٥٥٤ ص ١١٣٠.

وكذلك تمييز حقوق في ١٩٨٢/١٢/٢٢ مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٨٣ س ٣١ ع ١ ـ ٤ رقم ٨٢/٧٧٥ ص ٣٧٥، وقد جاء في قرارها أنه «اذا كان الصلح الجاري بين صاحب السيارة المصدومة وشركة التأمين إنما تم عن الحقوق التي تترتب للمدعي بذمة شركة التأمين، ولا يتناول الحق المطلوب له من سائق السيارة الصادمة، فان السائق الذي أوقع الفعل الضار يبقى مسؤولا تجاه المدعى عن قيمة الضرر الذي أصاب السيارة بعد تنزيل المبلغ الذي دفعته شركة التأمين للمدعى».

٢. راجع تمييز في ١٩٨٣/٩/٢٤ وقد جاء في القرار «أن المادة (٢٠/جـ) من قانون العمل قد أناطت بمحكمة الموضوع أما أن تأمر صاحب العمل باعادة استخدام العامل أو أن يدفع تعويضاً بالاضافة الى المكافأة وبدل الاشعار اذا تبين لها أن الفصل كان تعسفياً... الخ» (مجلة نقابة المحامين س ٣١ ع ٩ ـ ١٢ ٨٢/٢٢٢ ص ١٢٧٣).

ثالثا ـ اتفاقات المسؤولية

٥٤١ ـ التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية : تختلف أحكام المسؤوليتين العقدية والتقصيرية فيما يتعلق بصحة الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية، ولذا سنبحث في حكم هذه الاتفاقات بالنسبة لكل مسؤولية على حدة.

والاتفاقات المقصودة هنا هي تلك التي تعقد بين المضرور والمسؤول قبل تحقق المسؤولية، أما تلك التي تعقد بعد حدوث الضرر فلا جدال في صحتها سواء تعلقت بمسؤولية عقدية أو تقصيرية، وسواء قصد بها الاعفاء أو التخفيف أو التشديد في المسؤولية، وإن كان الغالب أن تأخذ هذه الاتفاقات شكل صالح بين المضرور والمسؤول.

١ ـ المسؤولية العقدية

٥٤٢ ـ اختلاف أحكام القانونين المصري والاردني : تختلف أحكام القانونين المصري والاردني في شأن جواز الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، سواء بهذا الاتفاق الاعفاء أو التخفيف أو التشديد فيها، وسنتناول بحث اتفاقات المسؤولية العقدية في كل هذين القانونين.

٥٤٣ ـ اتفاقات المسؤولية العقدية في القانون المصري : تنص المادة ٢١٧ من التقنين المدني المصري على أنه «١ ـ يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجيء والقوة القاهرة. ٢ ـ وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي الا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه».

ظاهر من هذه المادة أن الأصل في القانون المصري هو حرية المتعاقدين في تعديل أحكام المسؤولية العقدية بالاعفاء أو التخفيف منها، لأن أحكام المسؤولية من عملهما ، وليس في هذا ما يخالف النظام العام لأن المنطق يقضي منح الارادة التي أنشأت المسؤولية حق التعديل فيها. غير أنه يرد على هذا الأصل استثناءان، أحدهما ذكره المشرع المصري، والآخر قال به الفقهاء.

فأما الاستثناء الأول فخاص بحالة الخطأ العمد أو الجسيم، فلا يجوز الاتفاق على الاعفاء أو التخفيف من المسؤولية المترتبة على أحدهما لأن هذا يؤدي إلى الغش.

غير أن مجال هذا الاستثناء قاصر على مسؤولية المدين الشخصية ولا ينصرف إلى المسؤولية عن عمل الغير، بمعنى أنه يجوز للمدين الاتفاق على إعفائه من المسؤولية عن عمل الغير حتى ولو كان هذا العمل عمداً أو خطأ جسيما لانتفاء الغش من جانبه في هذه الحالة.

أما الاستثناء الثاني، وهو ما يقول به الفقهاء، فهو أن يكون شرط الاعفاء أو التخفيف متعلقا بالضرر اللاحق بالمال، فان كان الضرر متعلقا بالشخص، سواء كان ضرراً ماديا أو معنويا، كان الشرط باطلا، لأن شخص الانسان لا يجوز أن يكون محلا لاتفاقات مالية، ولا لاباحة أي ضرر يصيبه، وعلى ذلك لايجوز لأمين النقل اشتراط عدم مسؤوليته عما يحدث للمسافر من ضرر في شخصة.

وكما يجوز الاتفاق على الاعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية في القانون المصري، يجوز كذلك الاتفاق على التشديد فيها، كالاتفاق على التزام المدين ببذل قدر من العناية يجاوز ما فرضه القانون، و يمكن رد هذا الحكم إلى ما جاء في الفقرة الأولى من المادة ٢١٧ مدني السابقة الذكر من أنه «يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجىء والقوة القاهرة»، لأنه كان من الجائز وفقا لهذا النص أن يتحمل المدين تبعة مسؤولية لم تتحقق ـ لأنه بقيام السبب الاجنبي تنتفي المسؤولية ـ فمن الجائز من باب أولى الاتفاق على التشديد من مسؤولية تحققت أركانها.

٥٤٤ ـ **اتفاقات المسؤولية العقدية في القانون الاردني:** لم يتضمن القانون المدني الأردني نصا مقابلا لنص المادة ٢١٧ مدني مصري التي تجيز الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، بل بالعكس فانه يستفاد من الأحكام التي أوردها في هذا الشأن عدم جواز ذلك لأن المادة ٣٦٤ مدني تنص على أنه «١ ـ يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون. ٢ ـ و يجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساو يا للضرر، و يقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك».

ذلك أنه إذا كان يجوز للمحكمة بمقتضى هذا النص، في جميع الحالات، بناء على طلب أي من الطرفين المتعاقدين تعديل الاتفاق على مقدار الضمان بحيث يكون مساو ياً للضرر الواقع فعلا، فمعنى ذلك عدم جواز الاتفاق على الاعفاء أو التخفيف أو التشديد في المسؤولية؛ وهو ما يجعل في اعتقادنا أن مثل هذه الاتفاقات عديمة الجدوى، لأنه سيكون لأحد الطرفين دائماً مصلحة في طلب تعديلها.

غير أنه يلاحظ أن نص المادة ٣٦٤ ينصرف فقط الى الاتفاقات المتعلقة بمقدار الضمان، وعلى ذلك يجوز تعديل أحكام المسؤولية العقدية سواء بالتخفيف أو التشديد عن طريق تعديل طبيعة الالتزام المفروض على المدين، كالاتفاق على أن يكون التزام المدين التزاماً بتحقيق نتيجة بدلا من أن يكون التزاما ببذل عناية.

الفرع الثاني
المسؤولية عن فعل الغير

٥٤٥ ـ **القاعدة في الفقه الاسلامي** : القاعدة المقررة في الفقه الاسلامي أنه لا يجوز أن يسأل شخص عن ضرر أحدثه غيره لقوله جل وتعالى «ولا تزر وازرة وزر اخرى» وقوله «لا يكلف الله نفسا إلا وسعها لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت» وقوله «كل نفس بما كسبت رهينة». اللهم الا اذا أكره انسان غيره اكراها ملجئا فعندئذ يكون المكره مسؤولا لأنه يأخذ حكم المباشرة.

كذلك لا يأخذ الفقه الاسلامي بمبدأ افتراض الخطأ سواء منه ما يقبل اثبات العكس، ومالا يجوز نفيه.

وهذا الذي انتهى اليه الفقه الاسلامي يتمشى مع المبدأ المقرر فيه من قيام المسؤولية على الفعل الضار وحده ولو كان الفاعل غير مميز.

وقد رأى المشرع الاردني أنه مع الالتزام بالمبادىء المقررة في الفقه الاسلامي، يمكن إذا كان الفاعل غير ملىء تلافى النتائج المترتبة على وضعه المالي، بتخويل المحكمة بناء على طلب المضرور ـ اذا رأت مبرر ـ أن تلزم غير الفاعل بأداء الضمان المحكوم به في حالتين هما : حالة متولى الرقابة عمن هم في رقابته، وحالة المتبوع عن أفعال التابع، وهو ما نص عليه في المادة ٢٨٨ من القانون المدني.

المبحث الأول
مسؤولية متولي الرقابة عمن هم في رقابته

٥٤٦ ـ **النص القانوني** : تنص المادة ٢٨٨ من القانون المدني الاردني على أنه «١ ـ لا يسأل أحد عن فعل غيره. ومع ذلك فللمحكمة بناء على طلب المضرور اذا رأت مبرراً أن تلزم بأداء الضمان المحكوم به على من أوقع الضرر: أ ـ من وجبت عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو حالته العقلية
أو الجسمية، إلا إذا اثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية(١).

وسنتناول فيما يتعلق بدراسة مسؤولية متولي الرقابة بحث :

أولا ـ شروط تحقق هذه المسؤولية.

ثانيا ـ أساس هذه المسؤولية وكيفية دفعها.

المطلب الأول
شروط تحقق مسؤولية متولي الرقابة

٥٤٧ ـ **شرطان** : يلزم لقيام هذه المسؤولية توافر شرطين وهما: ١ ـ أن يتولى شخص الرقابة على شخص آخر. ٢ ـ صدور فعل ضار ممن هو تحت الرقابة.

---

١. تقابل المادة ١٧٣ من التقنين المدني المصري.
راجع في هذا الموضوع: «بيرون» رسالة من «ديجون» سنة ١٩٣٩ ـ «ألبرتي» رسالة من «إكس» سنة ١٩٤٢.

أولا ـ تولي الرقابة

٥٤٨ ـ **وجود التزام بالرقابة :** يشترط لقيام هذه المسؤولية أن يكون هناك التزام على شخص بتولي الرقابة على شخص آخر. وهذا الالتزام مصدره إما القانون كما هو الشأن بالنسبة للأب فهو ملزم قانوناً بالرقابة على ابنه، وإما الاتفاق كما هو الشأن بالنسبة لمدير مستشفى الأمراض العقلية فهو يتولى الرقابة على مرضاه. أما مجرد الرقابة الفعلية فلا تكفي لقيام هذه المسؤولية.

ولم يحدد المشرع الأردني الأشخاص الذين يكونون في حاجة الى رقابة، واكتفى بالنص على أن الالتزام بالرقابة إما أن يرجع إلى حالة القصر وإما الى حالة الشخص العقلية أو الجسمية، وعلى ذلك لا تترتب هذه المسؤولية اذا قامت الرقابة لسبب آخر غير هذه الأسباب؛ كما لم يحدد الأشخاص الذين يلتزمون بواجب الرقابة.

٥٤٩ ـ **الرقابة على القاصر :** الرقابة على القاصر تكون أصلا لولي النفس من أب أو جد أو عم أو غيرهم، وقد تنتقل اتفاقاً الى الأم. وهي تنتقل الى المعلم في الفصل أو الى مدير المدرسة في المدرسة اذا كان طالب علم، أو الى المشرف في الحرفة. والرقابة هنا موقوته بالفترة التي يكون فيها القاصر في المدرسة أو عند رب الحرفة، فاذا انقضت هذه الفترة عادت الرقابة إلى القائم على تربية القاصر.

واذا كانت القاصر بنتاً وتزوجت انتقلت الرقابة عليها ممن كان قائما على تربيتها إلى زوجها، فاذا كان الزوج نفسه في رقابة غيره، انتقلت الرقابة عليها لمتولي الرقابة على زوجها (١).

٥٥٠ ـ **الرقابة بسبب الحالة العقلية أو الجسمية :** الأصل أنه إذا بلغ الولد سن الرشد تحرر من الرقابة ولم يعد أحد يسأل عنه لا في البيت ولا في المدرسة ولا في الحرفة وإن استمر يعيش في كنف غيره.

غير أنه إذا أصيب الشخص بعد بلوغه سن الرشد بآفة عقلية كالجنون أو العته أو الغفلة أو اعتلت صحته وأعجزه المرض كالصرع أو فقد البصر، عاد التزام الرقابة عليه. وهذا الالتزام يكون قانوناً على ولي النفس أو الزوج أو الزوجة، أو اتفاق على مدير المستشفى أو الطبيب أو الممرض أو غيرهم ممن يتفق على توليهم الرقابة عليه.

---

١. نص على هذا الحكم صراحة القانون المدني المصري في المادة ٢/١٧٣ مدني.

ثانياً ـ صدور فعل ضار ممن هو تحت الرقابة

٥٥١ ـ **تحقق مسؤولية من هو تحت الرقابة :** لقيام مسؤولية متولي الرقابة يجب أولا أن تتحقق مسؤولية من هو تحت الرقابة، أي أن يصدر منه عمل غير مشروع يصيب الغير بضرر، فاذا تحققت مسؤولية الأخير قامت بجانبها مسؤولية متولي الرقابة على أساس الاهمال في الرقابة أو سوء التأديب والتربية.

ومسؤولية متولي الرقابة لا تقوم، كما هو واضح، إلا اذا وقع الفعل الضار ممن هو تحت الرقابة، فاذا فرض العكس وكان المشمول بالرقابة في مركز المضرور، سواء لحقه الضرر من فعل أجنبي أم من فعل نفسه، فلا تقوم مسؤولية متولي الرقابة كمدير المدرسة على أساس المادة ٢٨٨/أ، بل على أساس القواعد العامة في المسؤولية، أي يتعين في هذه الحالة إثبات تقصيره.

هذا و يلاحظ أن حكم القانون المدني المصري في شأن مسؤولية متولي الرقابة تتفق مع حكم القانون المدني الاردني، ذلك أن القانون المدني المصري يقرر في المادة ١٧٣ مسؤولية متولي الرقابة ولو كان المشمول بالرقابة الذي وقع منه العمل الضار غير مميز، وفي هذه الحالة تعتبر مسؤولية متولي الرقابة مسؤولية أصلية وليست تبعية، وأساسها الخطأ الشخصي المفترض.

المطلب الثاني
أساس مسؤولية متولي الرقابة وكيفية دفعها

٥٥٢ ـ **أساس المسؤولية :** أساس مسؤولية متولي الرقابة هو التقصير المفترض في جانبه، بمعنى أنه إذا ارتكب المشمول بالرقابة فعلا ضاراً فيعتبر أن متولي الرقابة قد قصر في رقابته أو أساء تربيته، ولذا تعتبر مسؤولية متولي الرقابة في الواقع مسؤولية شخصية وليست مسؤولية عن فعل الغير، وليس فيها خروج على القواعد العامة في المسؤولية إلا من ناحية افتراض التقصير في جانب متولي الرقابة. وقرينةالتقصير هذه لا يحتج بها إلا المضرور في علاقته بمتولي الرقابة، فلا يجوز التمسك بها في مواجهة المشمول بالرقابة، بل يتعين إثبات تعدي هذا الأخير.

٥٥٣ ـ **كيفية دفع مسؤولية متولي الرقابة:** لما كانت مسؤولية متولي الرقابة مسؤولية شخصية فيمكنه دفع هذه المسؤولية إما بنفي التقصير من جانبه، وإما بنفي علاقة السببية بين التقصير المفترض والضرر الذي لحق المضرور.

فأما نفي التقصير فيكون باثبات أنه قام بواجب الرقابة بما ينبغي من العناية، وأنه اتخذ كافة الاحتياطات المعقولة لتجنب الغير فعل المشمول بالرقابة. وأنه اذا كان مكلفاً بتربية المشمول بالرقابة لم يقصر في واجب التربية وحسن التهذيب.

وأما نفي علاقة السببية ـ وهي بدورها مفترضة ـ فيكون باقامة الدليل على أن الضرر كان لا بد واقعا حتى ولو قام بواجب الرقابة بما ينبغي له من حرص وعناية، بأن يثبت أن الفعل الضار قد وقع فجأة بحيث لم يكن هناك من سبيل الى منعه أو يثبت انقطاع الصلة بين تقصيره المفترض والضرر الحادث، أي يثبت قيام السبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو فعل المضرور نفسه؛ وعلى هذا نصت المادة ٢٨٨ في فقرتها الأولى (أ) بقولها «أو أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية».

٥٥٤ ـ رجوع متولي الرقابة على المشمول بالرقابة: اذا ترتبت مسؤولية المشمول بالرقابة قامت تبعاً لها مسؤولية متولي الرقابة، وإذا رأت المحكمة بناء على طلب المضرور أن تلزم متولي الرقابة بالضمان المحكوم به على المشمول بالرقابة، كان لمتولي الرقابة الرجوع بما أداه على المشمول بالرقابة، وعلى هذا نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٨٨ مدني بقولها «ولمن أدى الضمان أن يرجع بما دفع، على المحكوم عليه به». ورجوع متولي الرقابة على من أوقع الضرر جائز ولو كان هذا الأخير غير غير مميز[1].

هذا وبديهي أن المضرور لن يكتفي برفع دعوى الضمان على من أوقع الضرر، بل سيدخل فيها متولي الرقابة حتى يصدر حكم واحد بالنسبة إلى الاثنين معا.

المبحث الثاني
مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع

٥٥٥ ـ **النص القانوني:** تنص المادة ٢٨٨ من القانون المدني الأردني على أنه «لا يسأل أحد عن فعل غيره. ومع ذلك فللمحكمة بناء على طلب المضرور إذا رأت مبرراً

١. يلاحظ انه في القانون المصري يجوز لمتولي الرقابة الذي دفع مبلغ التعويض الرجوع به على المسؤول بالرقابة اذا كان هذا الاخير مميزا وقت ارتكابه العمل غير المشروع (م ١٧٥ مدني) لأن مسؤوليته في هذه الحالة مسؤولية تبعية؛ أما إذا كان المشمول بالرقابة غير مميز فلا رجوع لمتولي الرقابة عليه بالتعويض الذي دفعه لأن مسؤوليته في هذا الفرض مسؤولية أصلية.

أن تلزم باداء الضمان المحكوم به على من أوقع الضرر: ب ـ من كانت له على من وقع منه الاضرار سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه ولو لم يكن حرا في اختياره إذا كان الفعل الضار قد صدر من التابع في حالة تأدية وظيفته أو بسببها»(١).

تتناول المادة السالفة الذكر مسؤولية المتبوع عن عمل التابع (responsabilite du commettant du fait de son prepose) وهي الحالة الوحيدة في الواقع التي يسأل فيها الشخص عن فعل الغير، وقد زادت أهمية هذه المسؤولية في الوقت الحاضر تبعا لزيادة الأضرار التي قد تقع من التابع، و يكفي لذلك تصور الحوادث التي قد تقع من سائقي العربات، والسائق يعتبر في مركز التابع بالنسبة لصاحب العربة. هذا وسنتناول في دراسة هذه المسؤولية بحث :

أولا ـ شروط تحقق مسؤولية المتبوع.
ثانيا ـ الأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية.

المطلب الأول
شروط تحقق مسؤولية المتبوع

٥٥٦ ـ **شرطان** : لتحقق مسؤولية المتبوع عن عمل التابع يجب توافر شرطين: الأول قيام علاقة تبعية؛ والثاني وقوع فعل ضار من التابع في حال تأدية وظيفته أو بسببها (٢).

أولا ـ علاقة التبعية

٥٥٧ ـ **أن يكون للمتبوع سلطة فعلية في الرقابة والتوجيه** : يشترط لقيام علاقة التبيعة كما تقول المادة ٢٨٨ في فقرتها الأولى (ب) أن يكون للمتبوع سلطة فعلية في رقابة وتوجيه التابع، أي أن يكون التابع في حالة خضوع للمتبوع (subordination) بحيث يكون للأخير سلطة عليه في الرقابة والتوجيه، و ينبني على ذلك ما يأتي :

إنه لا يشترط لتوافر علاقة التبيعة وجود عقد بين المتبوع والتابع، ولهذا ذهب القضاء في فرنسا إلى توافر علاقة التبعية بالنسبة الى الزوجة أو الخليلة أو الابن

---

١. تقابل المادة ١٧٤ من التقنين المدني المصري.

٢. راجع في هذا الموضوع: محمد الشيخ عمر، مسؤولية المتبوع، رسالة من القاهرة سنة ١٩٧٠ ـ «فلور» رسالة من «كان» سنة ١٩٣٣ ـ «برتران» رسالة من «إكس» سنة ١٩٣٥.

البالغ سن الرشد أو الصديق فيما يوكل إليه صديقه من أعمال، بشرط توافر السلطة الفعلية على أيهم حتى يعتبر تابعا.

واذا كانت السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه تكفي لقيام علاقة التبعية، إلا أنه عادة ترجع هذه السلطة الى وجود عقد عمل بين المتبوع والتابع، كما هو الشأن بالنسبة إلى العامل والخادم والسائق والمستخدم والموظف؛ و بديهي أنه لا يشترط في هذا العقد أن يكون صحيحا، لأن القانون يكتفي لقيام علاقة التبعية بتوافر السلطة الفعلية.

كذلك ليس من الضروري لقيام علاقة التبعية أن يكون المتبوع حراً في اختيار التابع، فموظفي المجالس المحلية أو البلدية الذين تعينهم الحكومة تسأل عنهم هذه المجالس وإن لم يكن لها يد في اختيارهم.

أخيرا لا يشترط أن يتقاضى التابع أجراً عن عمله حتى تقوم علاقة التبعية، فسواء كان يعمل بالمجان أو بأجر، وكيفما كان نوع الأجر بالمدة أم بالقطعة، أو نوع العمل دائماً أو عارضاً، تقوم علاقة التبعية إذا توافرت للمتبوع عليه سلطة فعلية في الرقابة والتوجيه.

والسلطة الفعلية وهي قوام علاقة التبعية يجب أن تنصب على الرقابة والتوجيه، أي أن يكون للمتبوع سلطة توجيه التابع في عمل معين باصدار الأوامر له، وسلطة رقابة تنفيذ هذه الأوامر، كل هذا بشرط أن يقوم التابع بالعمل المعين لحساب المتبوع؛ وفي هذا يتميز المتبوع عن متولى الرقابة. فالأب له الرقابة على ولده، ولكنها رقابة عامة لا تتناول عملا معينا، ولذا لا يعتبر الابن تابعا لابيه، والمشرف في الحرفة له الرقابة والتوجيه على الصبية في عمل معين، ولكن الصبية يتدر بون على هذا العمل لحساب أنفسهم، ولذا لا يعتبرون تابعين له.

وإذا انعدمت سلطة الرقابة والتوجيه انعدمت تبعا لها مسؤولية الشخص كمتبوع، وإن جاز أن تقوم على أساس الفعل الشخصي الواجب الأثبات؛ وعلى هذا الأساس لا يعتبر المقاول تابعاً لرب العمل لأنه لا يملك عليه الرقابة والتوجيه، ولا يعتبر سائق السيارة بالأجر تابعاً لراكب، ولا يعتبر الوكيل تابعاً للموكل إلا إذا كان خاضعاً لرقابته وتوجيهه.

وقد يحدث أن يعير المتبوع تابعه لشخص آخر، كما لو أعار شخص سيارته وسائقها لصديقه، وفي هذا الفرض يظل المعير مسؤولا كمتبوع اذا استمرت له الرقابة والتوجيه، أما اذا انتقلت هذه السلطة الى المستعير بأن كانت الاعارة لمدة طو يلة

مـثلا، اصبح المستعير في مركز المتبوع، وتعرف هذه الحالة باسم حالة المتبوع العرضي (commettant occasionnel).

هـذا ولا يـشـتـرط لـقـيـام عـلاقـة الـتـبـعـية أن يكون المتبوع قادراً على الرقابة والـتوجـيه من الناحية الفنية، بل يكفي أن يملك هذه السلطة من الناحية الادارية، فصاحب السيارة ولو كان يجهل القيادة متبوع بالنسبة لسائقها.

ثـانـيـا ــ وقـوع الـفـعـل الـضـار مـن الـتـابـع في حـالـة تـأديـة الوظيفة أو بسببها

٥٥٨ ــ **تحقق مـسـؤولـيـة الـتـابـع :** حتى تقوم مسؤولية المتبوع يجب أن تتحقق مـسـؤولـية التابع بأركانها الثلاثة، والمضرور هو المكلف باثبات هذه المسؤولية، إلا إذا كـانـت مـن قـبـيـل الـمـسـؤولـية المفترضة، كما لو كان التابع مدرسا في إحدى المدارس الحكومية، فتقوم مسؤوليته باعتباره متولي الرقابة، وتترتب بالتالي مسؤولية الحكومة باعتبارها متبوعة.

٥٥٩ ــ **وقـوع الـفـعـل الـضـار حـال تـأديـة الـوظـيـفة أو بسببها :** يشترط لقيام مـسؤولية المتبوع أن يقع الفعل الضار من التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها، وعلى هذا نصت [illegible] صراحة الفقرة الأولى (ب) من المادة ٢٨٨ مدني اردني.

٥٦٠ ــ **وقـوع الـفـعـل حـال تـأديـة الـوظـيـفة :** يعتبر الفعل الضار واقعا في حال تـأديـة الوظيفة إذا ارتكبه التابع وهو يؤدي عملا من أعمال الوظيفة، يستوى في ذلك أن يـكون الفعل قد وقع بناء على تنفيذ أمر صادر من المتبوع، أو بغير أمر منه، بعلمه وعـارض فـيـه أو لـم يـعـارض أو بغير علمه وسيان أن يكون التابع قد ارتكبه لباعث شخصي أو عن رغبة في خدمة المتبوع.

والأمـثـلـة الـقـضـائية على مسؤولية المتبوع عن فعل التابع أثناء تأدية وظيفته كـثـيـرة، مـن ذلك : ما قررته محكمة التمييز الأردنية من مسؤولية خزينة الدولة عن الـضـرر الـذي ألـحـقـه أحد الجنود ببيت المدعي أثناء قيادته للسيارة العسكرية وذلك على أسـاس مـسـؤولـيـة الدولة عن أعمال موظفيها[1]؛ وما قرره القضاء من مسؤولية الـحـكـومـة عـن رعونة خفير الدرك في إطلاق أعيرة نارية تصيب شخصاً، ومسؤوليتها عـن تـقـصـيـر مـحضر في إعـلان صحيفة استئناف مما أدى الى عدم قبوله، ومسؤولية

---

١. تـمـيـيز حـقـوق في ١٩/٦/١٩٨٢ مـجـلـة نـقـابـة المحامين سنة ١٩٨٢ س ٣٠ ع ٨ ــ ١٢ رقم ٣٢٦/٨٢ ص ١٣٨٨.

صاحب السيارة عن خطأ السائق في قيادتها، ومسؤولية المستشفى عن تقصير الممرض الذي يعطي المريض سما بدلا من الدواء، ومسؤولية المدرسة عن إهمال ملاحظ حمام السباحة مما أدى الى غرق أحد الطلبة.

٥٦١ ـ **وقوع الفعل بسبب الوظيفة** : قد لا يقع الفعل من التابع وهو يؤدي عملا من أعمال الوظيفة، إنما يقع خارج حدود الوظيفة إساءة منه في استعمالها، وهنا يسأل المتبوع كذلك إذا كان الفعل بسبب الوظيفة(١).

و يعتبر الفعل واقعاً بسبب الوظيفة اذ كانت هناك علاقة سببية مباشرة بينه و بين الوظيفة بحيث لولاها لما وقع الفعل الضار، من ذلك ما جاء في قضاء المحاكم المصرية: من أن خفيراً أحب امرأة متزوجة فاستدرج زوجها الى دركه ليلا وقتله لتخلص له زوجته؛ وأن صرافا ذهب الى المركز في عمل من أعمال وظيفته فكلف العمدة خفيرين بحراسته، فانقض عليه الخفيران في الطريق وقتلاة؛ وأن كونستبلا زار أثناء قيامه بمهمة رسمية بعض أقاربه وفي أثناء الزيارة عبث بالمسدس فانطلق وأصاب مقتلا من صبي بجواره؛ وأن فراشاً اعتقد أن ناظر المدرسة يضطهده فقتله أثناء خروجه منها....الخ. وفي جميع هذه القضايا كانت الوظيفة ضرورية لوقوع الفعل من التابع ومساءلة المتبوع، وهو الحكومة في هذه الأقضية.

غير أن القضاء المصري لم يكتف لاعتبار الفعل واقعاً بسبب الوظيفة، أن تكون الوظيفة لازمة لوقوعه؛ بل يذهب إلى أبعد من ذلك و يعتبر الفعل الضار واقعا بسبب الوظيفة اذا كانت هي الداعية الى التفكير فيه، من ذلك: ارتكاب موظف إداري جريمة تحط من كرامة أشخاص ينتمون للحزب المعارض للحكومة، مدفوعاً بعامل شخصي، بل إرضاء للحكومة القائمة؛ وتدخل خادم من تلقاء نفسه في مشاجرة بين مخدومه وشخص آخر، والاعتداء على ذلك الشخص بضرب أفضى إلى موته: واعتداء سائق إحدى السيارات العامة على راكب أبدى اعتراضاً لعدم وقوف السائق في مكان يجب الوقوف فيه؛ وضرب وكيل شيخ الخفر المتهم بسرقة ضرباً أفضى إلى موته، بعد أن أراد أن يفرض عليه صلحاً لقاء مبلغ من النقود يدفعه للمسروق منه، ثم وجده خال الوفاض.

وظاهر من كل ما تقدم أن القضاء في مصر يعتبر الفعل واقعا بسبب الوظيفة إذا كانت الوظيفة ضرورية لوقوعه أو داعية الى التفكير فيه، ومع ذلك يجب أن نقرر انتفاء مسؤولية المتبوع ولو وقع الفعل بسبب الوظيفة اذا كان المضرور يعلم أو كان

---

١. تمييز حقوق في ٩٨٤/١١/٥ مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٨٥ س٣٣ ع٣ ـ ٤ رقم ٨٤/٦٥٥ ص٤١٣.

في استطاعته أن يعلم بمجاوزة التابع حدود الوظيفة، كما لو قبل سائق إحدى السيارات الخاصة نقل شخص صادفة في طريق بأجر أو بالمجان، ثم أصيب الراكب في حادثة بسبب تقصير ارتكبه السائق في قيادتها، فهنا لا يجوز للراكب الرجوع على صاحب السيارة بالضمان، لأنه كان يعلم أو كانمن المفروض أن يعلم بمجاوزة السائق لحدود وظيفته عندما دعاه للركوب معه.

٥٦٢ ـ **استبعاد الفعل الواقع بمناسبة الوظيفة:** ذكرنا أن المشرع الأردني يشترط في القانون المدني لقيام مسؤولية المتبوع أن يكون فعل التابع واقعا في حال تأدية الوظيفة أو بسببها، وعلى هذا الأساس يجب استبعاد مسؤولية المتبوع إذا وقع الفعل من التابع بمناسبة الوظيفة. و يعتبر الفعل واقعا بمناسبة الوظيفة اذا اقتصرت الوظيفة على تيسير ارتكاب الفعل أو المساعدة على ارتكابه أو تهيئة الفرصة لوقوعه؛ كما لو انتهز سائق سيارة فرصة عبور خصمه الطريق فدهسه: أو كما لو استخدم أحد الخدم سكينا لمخدومه في مشاجرة شخصية فقتل خصمه بها.

وعلة انتفاء مسؤولية المتبوع في الحالات السابقة أن الفعل لم يقع من التابع بسبب الوظيفة، لأن الوظيفة لم تكن ضرورية لوقوعه أو للتفكير فيه، غاية الأمر أنها سهلت أو ساعدت على وقوعه، وليس هذا بكاف لمساءلة المتبوع.

٥٦٣ ـ **استبعاد الفعل الاجنبي عن الوظيفة:** إذا كان الفعل الواقع التابع بمناسبة الوظيفة لا يكفي لترتيب مسؤولية المتبوع، فمن باب أولى لا تقوم هذه المسؤولية إذا كان الفعل أجنبيا عن الوظيفة، ومن الأمثلة على الفعل الأجنبي عن الوظيفة ما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية من أنه إذا كان الثابت بالحكم أن حادث القتل المطلوب التعو يض عنه قد وقع خارج المصنع الذي يشتغل فيه القتيل، وفي غير أوقات العمل، وأن مرتكبيه من عمال المصنع قد دبروه فيما بينهم خارج المصنع أيضاً عشية وقوعه، فلا يصح اعتبار أنهم ارتكبوه أثناء تأدية وظيفتهم لدى صاحب المصنع، و بالتالي لا يصح إلزامه بالتعو يض عنه مهما كان سببه أو الدافع إليه ما دامت العلاقة الزمنية والمكانية منعدمة بينه و بين العمل الذي يؤديه الجبالة لمصلحة صاحب المصنع.

المطلب الثاني
أساس مسؤولية المتبوع

٥٦٤ ـ **منهج البحث :** إذا قامت مسؤولية المتبوع بتوافر شروطها استحال عليه دفع هذه المسؤولية الا بنفي مسؤولية التابع أي باقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي، ولذا تعتبر قرينة المسؤولية هنا قرينة قاطعة أي لا يجوز إقامة الدليل على عكسها.

هذا وسنتناول في هذا الموضوع دراسة : أولا طبيعة مسؤولية المتبوع، وثانيا رجوع المتبوع على التابع.

أولا ـ طبيعة مسؤولية المتبوع

٥٦٥ ـ **اختلاف الآراء :** لم تختلف آراء الفقهاء في أمر كاختلافها في شأن تكييف مسؤولية المتبوع والأساس الذي تبنى عليه، و يمكن رد هذا الخلاف من حيث المبدأ إلى طبيعة هذه المسؤولية، هل هي مسؤولية شخصية أم مسؤولية عن الغير. فاذا قيل أنها مسؤولية شخصية فيمكن تأسيسها على فكرة الخطأ أو على فكرة تحمل التبعة؛ واذا قيل أنها مسؤولية عن الغير، وهذا هو الرأي الراجح الآن، فيمكن تأسيسها على فكرة الضمان أو النيابه أو الحلول.

٥٦٦ ـ **مسؤولية شخصية :** كان الرأي التقليدي يذهب الى أن مسؤولية المتبوع مسؤولية شخصية أساسها الخطأ في اختيار التابع أو في رقابته أو في توجيهه، وأن هذا الخطأ مفترض افتراضا لا يقبل اثبات العكس.

ولكن هذا الرأي منتقد لسببين: أولهما أنه لو كانت مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع أساسها افتراض الخطأ افتراضا قاطعاً لأمكن للمتبوع أن يتخلص من هذه المسؤولية بنفي علاقة السببية بين خطئه المفترض والضرر الحادث، وهو ما لا يجيزه الفقهاء باجماع الآراء. وثانيهما أنه لو كان أساس هذه المسؤولية فكرة الخطأ لوجب استبعاد مسؤولية المتبوع اذا كان غير مميز، لأن التمييز والادراك ركن في الخطأ في الفقه الغربي، على حين أن الرأي المعتبر هو أن انعدام التمييز لدى المتبوع لا يمنع من مساءلته، وأن نائبه كالولي أو الوصي أو القيم يقوم مقامه في الرقابة على التابع وفي توجيهه.

واذا استبعدنا فكرة الخطأ المفترض كأساس لمسؤولية المتبوع الشخصية، لم

يبق الا تأسيسها على فكرة تحمل التبعة، بأن يقال كما أن المتبوع يفيد من عمل التابع فعليه أن يتحمل تبعة هذا العمل، غير أن أصحاب هذا الرأي يقيدونه باشتراط وقوع خطأ من التابع، سواء صحب هذا النشاط خطأ منه أو لا. كذلك يعيب هذا الرأي مخالفته لما انعقد عليه إجماع الفقه والقضاء ولما نص عليه المشرع من جواز رجوع المتبوع على التابع بما دفعه من تعويض للمضرور، لأنه لو كانت مسؤولية المتبوع قائمة على فكرة تحمل التبعة لما كان هناك محل لرجوع المتبوع على التابع.

٥٦٧ ـ **مسؤولية عن فعل الغير:** اذا كانت فكرة المسؤولية الشخصية القائمة على الخطأ المفترض أو على تحمل التبعة لا تصلح كما رأينا لتعليل مساءلة المتبوع، لم يبق، وهو الرأي الصحيح، إلا القول بأنها مسؤولية عن عمل الغير، ولكن ما هو أساس هذه المسؤولية.

اختلفت الآراء في هذا الشأن اختلافا كبيراً: فذهب البعض الى أن أساسها فكرة النيابة القانونية، فالتابع نائب عن المتبوع فيما يأتيه من أعمال مادية، غير أنه يعاب على هذا الرأي أن النيابة لا تكون إلا في الأعمال القانونية.

وذهب البعض الآخر إلى أن أساسها فكرة الحلول باعتبار أن شخصية التابع ما هي إلا امتداد لشخصية المتبوع، فما يقع من التابع من خطأ فكأنما قد وقع من المتبوع، غير أنه يعترض على هذا الرأي أنه قائم على افتراض ينافي الواقع من أن الخطأ يجب أن يكون شخصياً.

وذهب البعض الثالث إلى أنه يمكن رد مسؤولية المتبوع إلى فكرة الضمان واعتباره كفيلا متضامن في مواجهة الغير عن أعمال التابع، وأن هذا يفسر جواز رجوع المضرور على المتبوع قبل التابع، لأن الكفيل المتضامن ليس له حق التجريد، كما يفسر جواز رجوع المتبوع على البائع بما دفعه من تعويض. و يعتبر هذا الرأي الأخير أقرب الآراء إلى الصحة وإن كان يجعل المتبوع كفيلا رغماً عنه.

ثانيا ـ رجوع المتبوع على التابع

٥٦٨ ـ **رجوع المضرور على التابع** إذا قامت مسؤولية التابع وبالتالي مسؤولية المتبوع، كان للمضرور دعوى قبل الأول وأخرى قبل الثاني، واذا كان للتابع شريك في التعدي جاز مساءلته مع التابع على وجه التضامن. غير أن الغالب هو رجوع المضرور على المتبوع بمبلغ الضمان المحكوم به على التابع، لافتراض يسار المتبوع، وهو أمر تقدره المحكمة في القانون الاردني (م٢٨٨/١ مدني).

٥٦٩ ـ **رجوع المتبوع على التابع :** اذا استوفى المضرور مبلغ الضمان من المتبوع كان لهذا الأخير الرجوع، بما دفعه على التابع، وهو ما نصت عليه المادة ٢/٢٨٨ مدني بقولها «ولمن أدى الضمان أن يرجع بما دفع، على المحكوم عليه به».

هذا و يجوز للمضرور إدخال المتبوع في دعوى المسؤولية المرفوعة على التابع لكي يحصل على حكم واحد في مواجهة الاثنين، أي على حكم يقضي بمساءلة التابع ثم المتبوع.

غير أنه لا يجوز في القانون المدني الأردني للمضرور أن يرجع مباشرة على المتبوع، بل لا بد من الرجوع أولا على التابع، وما يحكم به من ضمان على هذا الاخير، يجوز اذا رأت المحكمة أن تلزم المتبوع بدفعة اذا طلب منها ذلك، وهذا الحكم مستفاد من نص المادة ٢٨٨/ ١ من هذا القانون. وفي هذا يختلف القانون الأردني عن القانون المصري الذي يجيز الرجوع بالتعو يض على المتبوع مباشرة.

هذا و يلاحظ أنه إذا قامت مسؤولية التابع على أساس الخطأ الواجب الأثبات، استفاد المتبوع من عمل المضرور في إثبات فعل التابع، فلا يطالب باقامة الدليل عليه مرة أخرى، أما إذا قامت هذه المسؤولية على أساس الخطأ المفترض كما لو كان التابع في مركز المكلف بالرقابة، فلا يستفيد المتبوع من قرينة الخطأ المفترض لأنها قاصرة على العلاقة بين المضرور والتابع، و يتعين عليه في هذه الحالة إثبات خطأ التابع، وجميع هذه الأحكام لا يعمل بها إلا في القانون المصري.

أما في القانون الأردني فلا حاجة للمتبوع في حالة رجوعه على التابع لاسترداد مبلغ التعو يض الذي دفعه للمضرور، الى إثبات مسؤولية التابع، لأن مسؤولية المتبوع في هذا القانون هي مسؤولية أحتياطية تقوم على أساس فكرة كفالة المتبوع للتابع.

الفرع الثالث
المسؤولية الناشئة عن الأشياء

٥٧٠ ـ **حالات هذه المسؤولية :** للمسؤولية الناشئة عن الأشياء حالات ثلاث تقوم جميعها على فكرة الحراسة، وهذه الحالات هي : أولا ـ مسؤولية حارس الحيوان. ثانياً ـ مسؤولية حارس البناء. وثالثا ـ مسؤولية حارس الأشياء التي تحتاج الى عناية خاصة. وسنتناول بالبحث كل حالة من هذه الحالات.

المبحث الأول
مسؤولية حارس الحيوان

٥٧١ ـ **النص القانوني** : تنص المادة ٢٨٩ من القانون المدني الاردني على أن «جناية العجماء جبار ولكن فعلها الضار مضمون على ذى اليد عليها مالكاً كان أو غير مالك إذا قصر أو تعدى»(١).

الأصل في الفقه الاسلامي أن فعل الحيوان وما يترتب عليه من ضرر أن يكون هدراً ، أي جباراً، غير أن الفقهاء انتهوا إلى ضمان فعل الحيوان اذا كان نتيجة تقصير من ذى اليد عليه كالمالك أو المستعير أو المستأجر أو الغاصب ، أو بعبارة أخرى من له الحراسة على الحيوان . وسنتناول في بحث مسؤولية حارس الحيوان الكلام :
أولا ـ في شروط تحقق هذه المسؤولية، ثانيا ـ في أساسها.

المطلب الأول
شروط تحقق المسؤولية

٥٧٢ ـ **بيان الشروط**: لتحقق مسؤولية حارس الحيوان أي ذى اليد عليها يتعين توافر شرطين وهما : أولا ـ تولي شخص حراسة الحيوان. ثانيا ـ إحداث الحيوان ضرر للغير.

أولا ـ حراسة الحيوان

٥٧٣ ـ **معنى الحراسة** : يقصد بحارس الحيوان (gardien de lánimal) من السيطرة الفعلية عليه في توجيهه وفي رقابته وفي التصرف في أمره. والأصل أن حارس الحيوان هو المالك ـ سواء كان مالكاً له ملكية مفردة أم شائعة كقطيع من الابل مملوك على الشيوع لعدة اشخاص؛ و يترتب على ذلك أنه لا يكلف المضرور بأثبات أن الحراسة في الأصل للمالك، بل يكون على هذا الأخير اذا أراد دفع المسؤولية عن نفسه باثبات أن الحراسة وقت وقوع الضرر كانت لغيره سواء كان هذا الغير قد تلقى منه الحراسة برضاه أم رغماً عنه.

١. تقابل المادة ١٧٦ من التقنين المدني المصري التي تنص على أن «حارس الحيوان، ولو لم يكن مالكاً له، مسؤول عما يحدثه الحيوان من ضرر، ولو ضل الحيوان أو تسرب، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه».

والحراسة قد تنتقل إلى الغير برضاه كما هو الشأن في إعارة الحيوان أو إجارته، إذ يكون للمستعير أو للمستأجر في سبيل الانتفاع بالحيوان السيطرة الفعلية عليه. كذلك قد تنتقل الحراسة الى غير هؤلاء ممن يعهد اليهم بالمحافظة على الحيوان أو بعلاجه كصاحب الاصطبل والطبيب البيطري، إلا إذا استبقى المالك لنفسه السيطرة الفعلية على الحيوان في أثناء الوديعة أو العلاج، والمسألة في هذا تعتبر من أمور الواقع التي ترجع إلى تقدير قاضي الموضوع.

كذلك قد تنتقل الحراسة إلى غير المالك بدون رضاه كما لو سرق الحيوان مثلا، وفي هذه الحالة تكون السيطرة الفعلية للسارق دون المالك وتكون المسؤولية على السارق وحده.

واذا لم تنتقل الحراسة من المالك إلى الغير، ظل المالك مسؤولا عن فعل الحيوان ولو ضل أو تسرب، و يعتبر هذا من جانب المالك بمثابة تقصير في الحراسة.

٥٧٤ ـ **انتفاء صفة الحارس عن تابع المالك :** إذا كان المالك قد عهد بالحيوان الى تابع له كالسائس أو السائق أو الراعي، فهذا لا يمنع من أن الحراسة لا تزال للمالك دون التابع، لأن السيطرة الفعلية على الحيوان والتصرف في أمره لا تنتقل بهذا الفعل إلى التابع.

غير أن هناك حالات تنتقل فيها الحراسة على الحيوان إلى التابع، كما لو أعاره له الملك لينتفع به انتفاعا شخصيا، أو اغتصب التابع الحيوان لهذا الغرض.

الا أن من شراح الفقه الاسلامي من يرى أن البهيمة في يد الراعي هي في ضمان ذى اليد عليها، فاذا أتلفت زرعا للغير ضمن هو دون المالك(١). وعلى كل حال فانه من الناحية العملية إذا كان الضمان على التابع، فان هذا لن ينفي مسؤولية المالك باعتباره متبوعاً.

٥٧٥ ـ **مسؤولية بدلية :** تعتبر المسؤولية عن فعل الحيوان مسؤولية بدلية، بمعنى أنه لا يجوز مساءلة عدة أشخاص ينتفعون بالحيوان لأسباب مختلفة عن الضرر الواقع بفعل هذا الحيوان، بل يجب تعيين الحارس منهم ومساءلته وحده، ولذا قلنا أنه لو سرق الحيوان من المالك أو أعاره للغير، انتقلت الحراسة إلى السارق أو المستعير وأصبح وحده مسؤولا باعتباره حارسا.

---

١. المذكرات الايضاحية جـ١، ص ٣٢١.

٥٧٦ ـ **المقصود بالحيوان** : لم تحدد المادة ٢٨٩ مدني أردني الحيوان الذي يسأل عنها الشخص، بل تكلمت عن العجماء بصفة عامة، وعلى ذلك يسأل الشخص عن سائر الحيوانات التي في حراسته سواء كانت مستأنسة أم متوحشة، طليقة أم مقيدة، يسهل حراستها أم يصعب رقابتها كالنحل، كل هذا بشرط أن تكون حية، فاذا كانت ميتة فلا يسأل عنها الشخص على أساس المادة ٢٨٩ مدني. لا محل لمساءلة الشخص إلا عن الحيوانات التي في حراسته، فلا يسأل مثلا عن الحيوانات الضاربة التي قد توجد فوق أرضه لأنه لا يدل عليها، ولا هي في حراسته.

ثانياً ـ وقوع الضرر بفعل الحيوان

٥٧٧ ـ **فعل الحيوان** : يشترط لمساءلة الشخص على أساس المادة ٢٨٩ مدني أن يقع الضرر للغير بفعل الحيوان، أو بعبارة أدق أن يكون الحيوان هو المتسبب في إحداثه سواء اتصل الحيوان بالمضرور اتصالا ماديا أم لا، كما لو جمح جواد فأصاب المارة ذعر فجرح أحدهم.

على أن تقدير ما إذا كان الضرر واقعاً بفعل الحيوان أم بفعل الانسان قد يدق في حالة ماإذا كان الحيوان، كجواد مثلا، يقوده شخص أو يمتطيه، ولا أهمية لهذه التفرقة في اعتقادنا في القانون المدني الاردني لأنه في الحالتين يجب على المضرور إثبات تقصير أو تعدي المسؤول (أما في القانون المصري فللمضرور مصلحة في القول بوقوع الضرر بفعل الحيوان، لكي يفيد من قرينة الخطأ في الحراسة المقررة في المادة ١٧٦ مدني، إذا وقع الضرر بفعل الحيوان).

٥٧٨ ـ **طبيعة الضرر الحادث** : لا تؤثر في مسؤولية حارس الحيوان طبيعة الضرر الحادث، لأن القاعدة أن أي ضرر يلحقه الحيوان بالغير يرتب هذه المسؤولية، سواء كان هذا الضرر جرحاً أو كدماً أو ذعراً يولد حال عصبية أو مرضاً ينقله الحيوان إلى حيوانات الغير، . و يدخل في معنى الغير هنا مالك الحيوان اذا لم يكون هو الحارس، كما يدخل فيه كذلك تابع المالك إذا كانت الحراسة للمالك.

أما الضرر الذي يلحقه الحيوان بنفسه فلا يخول المالك الرجوع بالضمان على الحارس ـ اذا كانت الحراسة لغيره ـ إلا اذا اثبت تقصير هذا الاخير.

المطلب الثاني
أساس مسؤولية حارس الحيوان

٥٧٩ ـ **اختلاف الحكم في القانونين المصري والأردني :** يختلف أساس مسؤولية حارس الحيوان في القانون الأردني عنه في القانون المصري، ذلك أن القانون الاردني يتطلب لقيام مسؤولية حارس الحيوان وقوع تقصير أو تعدي من الحارس، وهو ما يتعين على المضرور إثباته كما توحي بذلك صياغة المادة ٢٨٩ مدني أردني.

أما في القانون المصري فأساس المسؤولية هو فكرة الخطأ في الحراسة (faute dans la garde) وهو خطأ مفترض لا يطالب المضرور باقامة الدليل عليه، بل يكفي أن يثبت أن الضرر قد وقع بفعل الحيوان وأن المدعى عليه هو الحارس، الا أن يكون المدعى عليه هو المالك فيفترض كذلك أن الحيوان في حراسته.

و يترتب على ذلك أنه في القانون المصري لا يجوز للحارس في سبيل دفع المسؤولية عن نفسه أن يقيم الدليل على عدم حصول إهمال من جانبه أو على أنه اتخذ كافة الاحتياطات الضرورية لمنع الحيوان من الحاق الضرر بالغير، ولا يكون أمامه اذا أراد التخلص من هذه المسؤولية الا أن يثبت انتفاء علاقة السببية بين خطئه المفترض والضرر الحادث، أي يثبت وجود السبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير؛ كما أن له دفع هذه المسؤولية بأثبات أن الحيوان وقت وقوع الضرر كان في حراسة غيره.

المبحث الثاني
مسؤولية حارس البناء

٥٨٠ ـ **النص القانوني :** تنص المادة ٢٩٠ من القانون المدني الاردني على أنه «١ ـ الضرر الذي يحدثه للغير إنهيار البناء كله أو بعضه يضمنه مالك البناء أو المتولى عليه الا اذا اثبت عدم تعديه أو تقصيره. ٢ ـ ولمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر، فان لم يقم المالك بذلك، كان للمحكمة أن تأذنه في اتخاذ التدابير على حساب المالك»(١).

---

١. تقابل المادة ١٧٧ من التقنين المدني المصري.

وسنتناول في دراسة هذا النص بحث : أولا شروط تحقق المسؤولية، ثانيا ــ أساس المسؤولية.

المطلب الأول
شروط تحقق المسؤولية

٥٨١ ــ **شرطان :** لتحقق مسؤولية حارس البناء لا بد من توافر شرطين هما : أولا ــ حراسة البناء، وثانياً ــ وقوع الضرر من انهيار البناء.

٥٨٢ ــ **الشرط الأول ــ حراسة البناء :** يقصد بالحارس في هذه المسؤولية نفس المعنى الذي أوردناه في شأن حراسة الحيوان، أي أن الحارس هو من له السيطرة الفعلية على البناء والتصرف في أمره. والأصل أن يكون الحارس هو مالك البناء، بمعنى أن المضرور لا يطالب بأثبات هذه الصفة فيه، بل هي مفترضة، الا اذا استطاع المالك أثبات العكس، أن أثبات أن الحراسة وقت وقوع الضرر كانت لغيره، فالمشتري بعد تسجيل العقد يعتبر مالكا للبناء، ولكن اذا كان البائع لم يسلمه له بعد فتظل الحراسة لهذا الأخير، وعلى العكس تنتقل الحراسة إلى المشتري ولو لم يكن قد سجل عقده اذا كان قد تسلم البناء.

كذلك تنتقل الحراسة إلى من له السيطرة الفعلية على البناء، أي الى المتولي عليه، دون المالك كالمنتفع والمحتكر والدائن المرتهن رهن حيازة، والمغتصب. أما المستأجر (والمستعير) فلا يعتبر في مركز الحارس، إلا إذا كانت السيطرة الفعلية على البناء قد انتقلت اليه بأن كان البناء قد شيد بمعرفته، وفي هذه الحالة يظل حارسا حتى يكتسب مالك الأرض ملكية البناء وفقاً لشروط العقد أو طبقا لقواعد الالتصاق.

٥٨٣ ــ **الشرط الثاني ــ وقوع الضرر من انهيار البناء :** يستدعي هذا الشرط بحث أمرين : الأول بيان المقصود بالبناء، والثاني تحديد المقصود بالانهيار.

٥٨٤ ــ **المقصود بالبناء :** يعتبر كل مجموع من المواد أياً كان نوعها خشبا أو حجارة أو حديداً، اتصل بالأرض اتصال قرار بيد الانسان، سواء في ذلك تم تشييد البناء لغرض دائم أم مؤقت كأبنية المعارض، يعتبر بناء. وعلى ذلك يعد من قبيل البناء المنازل والمخازن والحظائر والقناطر والسدود والخزانات والجسور والعمد التذكارية والتماثيل والانفاق وأنابيب المياه والغاز ومجاري الصرف. ولكن لا يعتبر بناء العقارات بالتخصيص كالمصاعد، وكذلك لا تعتبر بناء الشجرة ولا الأرض، كما لو انهار مرتفع من الأرض فأصاب الغير بضرر.

٥٨٥ أ **المقصود بالانهيار :** يقصد بالانهيار حدوث انفصال في اجزاء البناء، سواء كان انفصالا كليا مما يترتب عليه تهدم جميع البناء، أم انفصالا جزئيا مما يؤدي الى تهدم بعض البناء. وعلى ذلك يعتبر تهدماً سقوط السلم، أو انهيار الحائط أو السقف، أو انفصال الشرفة.

والانهيار الذي يسأل عنه مالك البناء أو المتولى عليه هو ما كان راجعا الى تقصيره أو تعديه، أي ما يرجع الى نقص في الصيانة أو الى قدم البناء أو الى وجود عيب فيه، وعلى ذلك لا يعتبر انهياراً في معنى المادة ٢٩٠ مدني احتراق البناء أو تهدم جزء منه بسبب انفجار آلة موجودة فيه. ولكن لو بقى جزء من البناء بعد الحريق مثلا، ومضى بعض الوقت ثم انهار هذا الجزء، فان مالك البناء أو المتولى عليه يسأل في هذه الحالة على أساس المادة ٢٩٠ مدني.

أخيراً يدخل معنى الانهيار المقصود سقوط البناء بفعل الحريق اذا كان الحريق راجعا الى عيب في الأسلاك الكهربائية.

هذا وإذا كانت المادة ٢٩٠ مدني أردني تشترط في فقرتها الأولى لمساءلة المالك أو المتولى على البناء، وقوع الانهيار فعلا؛ إلا أنها أجازت في فقرتها الثانية لمن يتهدده البناء بضرر أن يكلف المالك (دون المتولى على البناء) باتخاذ التدابير الضرورية لدرء الخطر، فان لم يستجيب المالك إلى طلبه جاز له بعد استئذان المحكمة اتخاذ هذه التدابير على حسابه، أي على حساب المالك.

المطلب الثاني
أساس مسؤولية حارس البناء

٥٨٦ ـ **افتراض التقصير :** لكي تقوم مسؤولية المالك أو المتولى على البناء في القانون المدني الاردني يتعين على المضرور إثبات أن الضرر قد أصابه من انهيار البناء، فان اثبت ذلك قامت قرينة قانونية على تقصير المالك أو المتولى على البناء و في صيانة البناء أو إصلاحه أو في تجديده أو في العناية به. غير أن هذه القرينة غير قاطعة؛ بمعنى أنه يجوز للمالك مثلا أن ينفي عن نفسه التقصير أو التعدي، فان عجز عن إثبات ذلك اعتبر الانهيار راجعا إلى تقصيره المفترض، ولا يكون من سبيل أمامه لدفع المسؤولية الا بأثبات السبب الأجنبي، أي بنفي علاقة السببية بين تقصيره المفترض والضرر الحادث.

٥٨٧ ـ **استبعاد حكم المادة ٢٩٠ مدني اردني عند قيام المسؤولية العقدية :** حكم المادة ٢٩٠ الخاص بافتراض التقصير في جانب مالك البناء أو المتولى عليه لا يعمل

به إلا في مجال المسؤولية التقصيرية، وعلى ذلك اذا كان هناك عقد بين المسؤول والمضرور يوجب على الأول تأمين الثاني من أضرار انهيار البناء وجب الرجوع إلى أحكام المسؤولية العقدية، كما هو الشأن في علاقة المؤجر بالمستأجر، أما اذا لم يكن في حكم العقد كفالة سلامة المضرور، كما هو الأمر في علاقة المتبوع بالتابع، فيتعين الرجوع إلى قواعد المسؤولية التقصيرية، و يكون للتابع إذا أصابه ضرر من انهيار البناء التمسك بحكم المادة ٢٩٠ مدني.

المبحث الثالث
مسؤولية حارس الأشياء

٥٨٨ ــ **النص القانوني** : تنص المادة ٢٩١ من القانون المدني الاردني على أن «كل من كان تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها أو آلات ميكانيكية، يكون ضامناً لما تحدثه هذه الاشياء من ضرر إلا ما لا يمكن التحرز منه. هذا مع عدم الاخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة»(١).

هذا و يلاحظ أن المشرع الاردني لم يجعل مسؤولية الحارس شاملة جميع الأشياء، بل قصرها على الآلات الميكانيكية وغيرها من الأشياء التي تتطلب عناية خاصة.

وسنتناول فيما يلي بحث شروط تحقق هذه المسؤولية والأساس الذي تقوم عليه.

المطلب الأول
شروط تحقق المسؤولية

٥٨٩ ــ **شرطان** : يخلص من نص المادة ٢٩١ مدني أنه لتحقق المسؤولية في هذه الحالة توافر شرطين : الأول ــ أن يتولى شخص حراسة الأشياء التي أشارت إليها هذه المادة. الثاني ــ أن يقع الضرر بفعل الشي.

---

١. تقابل المادة ١٧٨ من التقنين المدني المصري.

أولا ـ حراسة أشياء

٥٩٠ ـ **معنى الحراسة :** [١] تأخذ الحراسة هنا نفس المعنى السابق تحديده عند بحث مسؤولية حارس الحيوان. فالحارس هو من له التصرف في الشيء كما تقول المادة ٢٩١ مدني، أي من له السيطرة الفعلية على الشيء. والأصل أن تكون الأشياء تحت تصرف المالك، ولذا لا يكلف المضرور باثبات هذه الصفة فيه، غير أنه يجوز للمالك إثبات أن الشيء وقت وقوع الضرر كان في حراسة غيره أي تحت تصرف غيره.

والحراسة قد تنتقل من المالك إلى غيره برضاه أو رغماً عنه، كما هو الشأن في انتقال الحراسة الى المنتفع أو الدائن المرتهن رهن حيازة أو السارق. أما المستأجر والمستعير والمودع عنده وأمين النقل فلا تنتقل إليهم الحراسة إلا اذا انتقلت اليهم السيطرة الفعلية على الشيء.

والسيطرة الفعلية على الشيء تقتضي أن يكون للشخص السلطة المعنو ية عليه، أما السلطة المادية فليست بكافية، فالتابع كالسائق له السلطة المادية على سيارة المتبوع ولكن ليست له السلطة المعنو ية عليها، بمعنى أنها ليست تحت تصرفه، ولذا تكون الحراسة للمالك؛ ولكن لو خرج السائق عن حدود عمله وقاد السيارة لمنفعته الشخصية بدون علم المتبوع فانه يعتبر في مركز المغتصب وتنتقل إليه الحراسة.

و يذهب الشراح إلى أنه ليس هناك ما يمنع من تجزئة الحراسة على الشيء الواحد، فاذا ترك صاحب السيارة سيارته للميكانيكي لاصلاحها من خلل معين، فان الميكانيكي يعتبر حارساً في حدود ما عهد إليه باصلاحه، فاذا وقع الحادث لسبب راجع الى عيب آخر في السيارة فالمسؤولية على المالك لأنه الحارس فيما خرج عما عهد به الى الميكانيكي؛ ونفس الحكم يسري بالنسبة للمودع عنده أو بالنسبة لأمين النقل، فالضرر الذي يقع من الشيء لعيب فيه يسأل عنه المالك، لأنه الحارس فيما جاوز السلطة التي للمودع عنده أو السلطة التي لأمين النقل.

٥٩١ ـ **المقصود بالشيء :** يقصد بالشيء الأشياء المادية غير الحية اذا كانت بطبيعتها أو بسبب ظروف محيطة بها في حاجة الى عناية خاصة للوقاية من ضررها، مع ملاحظة أن الآلات الميكانيكية تعتبر دائما في حاجة الى هذه العناية الخاصة بحكم القانون.

ومن الأشياء التي تعتبر بطبيعتها في حاجة الى عناية خاصة المفرقعات والمواد

---

١. راجع في هذا الموضوع: «سالي» في حوادث العمل والمسؤولية المدنية ـ «جوسران» في المسؤولية عن فعل الشيء ـ «ليفر» رسالة من باريس ١٩٤١ ـ «جولدمان» رسالة من «ليون» سنة ١٩٤٧.

الكيمائية والأسلاك الكهربائية والأدوات الطبية والأسلحة والزجاج... الخ، ومن الاشياء التي قد تعتبر في حاجة الى هذه العناية بسبب ظروف ملابسه الأشجار اذا مال جذعها لقدمها، والأرض إذا انهار جزء منها أو انخسف بعضها. كذلك يدخل في معنى الشي ما قد يشيده الانسان دون أن تكون له صفة البناء، كما يدخل في معناه كذلك البناء إذا لم يكن الضرر راجعاً إلى انهياره.

ثانيا ـ وقوع الضرر بفعل الشيء

٥٩٢ ـ **فعل الشيء :** يجب لتحقق مسؤولية حارس الأشياء أن يكون الضرر راجعا إلى فعل الشيء، و يعتبر هذا الشرط أكثر الشروط دقة وأشدها صعو بة في التحديد؛ ذلك أن تدخل الشيء قد يكون إيجابيا كما قد يكون سلبيا؛ كما أن الشيء قد يكون في وضع ساكن وقد يكون في حالة حركة، كما أن يد الانسان تكون عادة وراء الشيء في تحركه؛ فمتى يعتبر الضرر ناشئا عن فعل الشيء في هذه الفروض المختلفة ؟ ذلك ما نوضحه فيما يأتي :

٥٩٣ ـ **التدخل السلبي والتدخل الايجابي :** يشترط لقيام مسؤولية حارس الشيء أن يكون الضرر راجعاً الى فعل هذا الشيء، غير أنه لا يلزم لاعتبار الضرر ناشئا عن فعل الشيء أن يتصل هذا الشيء اتصالا ماديا بالمضرور، فمثلا إذا أراد أحد المارة تلافي سيارة مسرعة فزلقت قدمه فجرح، فان الضرر يعتبر راجعاً إلى فعل السيارة بالرغم من أنها لم تتصل اتصالا مادياً بالمضرور.

ولكن هل يكفي أي فعل أو تدخل من الشيء لقيام مسؤولية الحارس ؟ استقر الفقه والقضاء على التفرقة في هذا الموضوع بين التدخل السلبي والتدخل الايجابي.

فالتدخل السلبي لا يكفي لقيام المسؤولية وفقا لحكم المادة ٢٩١ مدني اردني المقابلة للمادة ١٧٨ مدني مصري، كما لو اصطدم راكب دراجة أو أحد المشاة بسيارة واقفة في وضع طبيعي، بل يجب لتحقق مسؤولية الحارس أن يكون تدخل الشيء تدخلا إيجابياً، كما لو كانت السيارة واقفة في غير وضعها الطبيعي أو كانت في حالة حركة.

ولكن ما هو معيار التفرقة بين التدخل السلبي والتدخل الايجابي ؟ كان من رأي فريق من الشراح أن تدخل الشيء يعتبر سلبيا اذا كان وقت وقوع الضرر في حالة سكون، إلا أن هذا الرأي ليس صحيحاً على إطلاقه، فالسيارة إذا كانت واقفة في وضع طبيعي وقت حدوث الضرر فان تدخلها يكون سلبيا، واذا كانت واقفة في غير وضعها الطبيعي فان تدخلها يعتبر إيجابيا، وفي الفرضين كانت السيارة في حالة

سكون، فكيف يقال بعد ذلك أن معيار التفرقة هو معرفة ما إذا كان الشيء في حالة سكون أم في حالة حركة !!

الرأي السائد الآن فقها هو أن تدخل الشيء يعتبر إيجابياً اذا كانت هناك صلة سببية بين الشيء والضرر، أي بأن كان الشيء هو مصدر الضرر، وصلة السببية هذه تتوافر كلما كان الشيء في وضع أو في حالة تؤدي عادة الى إحداث الضرر؛ كما لو كانت السيارة مثلا في حالة حركة، أو كانت واقفة في غير مكانها الطبيعي، أو كانت مطفأة النور ليلا.

هذا و يلاحظ أن الأصل هو افتراض تدخل الشيء تدخلا إيجابياً في إحداث الضرر، غير أن هذا الفرض ليس قاطعا، بمعنى أن للمسؤول إثبات أن تدخل الشيء كان سلبيا، فان أثبت ذلك انتفت قرينة التقصير من جانبه، وتعين لمساءلته إثبات وقوع التعدي منه وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية.

٥٩٤ ـ **الشيء تحركه يد الانسان :** قد يحدث وقت وقوع الضرر أن يكون الشيء في يد الانسان تحركه أو تديره، فمتى يعتبر الضرر راجعاً الى فعل الشيء، ومتى يعتبر راجعا الى فعل الانسان؟

ذهب القضاء في فرنسا في بادىء الأمر الى أن الضرر يعتبر عائداً الى فعل الشيء إذا نجم عن فعل ذاتي للشيء، و يكون ذلك إذا لم يكن الشيء محركا بيد الانسان، أو كانت تديره يد الانسان ولكن انطوى الشيء على عيب ذاتي كان السبب في حدوث الضرر، كما لو انفجرت عجلة سيارة فانحرفت وأصابت الغير بضرر، غير أن القضاء ما لبث أن نبذ هذا المعيار لقصوره عن شمول كافة حالات المسؤولية الناشئة عن الأشياء وخاصة السيارات؛ إذ يترتب على الأخذ بهذا الرأي أن مالك السيارة لا يسأل عن الضرر الذي يصيب الغير وهو يقود سيارته إلا بناء على الخطأ الثابت متى كانت السيارة سليمة من العيوب، وهو أمر لا يتفق وتطور نظرية المسؤولية.

وفي سنة ١٩٢٧ ذهبت محكمة النقض الفرنسية الى الأخذ بمعيار آخر هو أن يكون الشيء في ذاته خطراً. غير أن هذا المعيار لم يسلم بدوره من النقد لأنه يتعذر القول مقدماً متى يعتبر الشيء خطراً أو غير خطر، فالأمر يتوقف على الظروف الملابسة، إذ الشيء الواحد قد يكون خطراً في حالة وغير خطر في حالة أخرى، ولذا ما لبثت محكمة النقض الفرنسية أن نبذت هذا المعيار كذلك وأخذت بمعيار ثالث قائم على فكرة الحراسة، ثم حددت المقصود بفكرة الحراسة في حكم آخر بأنها الحراسة المادية القائمة على السيطرة الفعلية على الشيء.

و يذهب الشراح إلى أن الضرر يعتبر راجعا الى فعل الشيء متى أفلت هذا من

زمام حارسه، و يفترض أن الشيء قد أفلت من زمام الحارس متى وقع الضرر، ما لم يكن الحارس قد استخدم الشيء عمداً في إيقاع الضرر.

هذا في القانون الفرنسي أما في القانون المصري وكذا في القانون الاردني فقد ربط المشرع تقصير أو خطأ الحارس بحراسة الشيء، وتطلب في الشيء أن تكون حراسته في حاجة إلى عناية خاصة، وقد سبق أن ذكرنا أن الآلات الميكانيكية تعتبر دائما في حاجة إلى عناية خاصة بحكم القانون، أما ما عداها من الأشياء فيرجع في شأنها الى طبيعتها أو الى الظروف الملابسة لها، فان كانت بحسب طبيعتها أو بحسب ما يلابسها من ظروف في حاجة إلى عناية خاصة ووقع الضرر، فيفترض أن ذلك راجعا إلى تدخل إيجابي من الشيء، ما لم يكن الشخص قد تعمد إحداث الضرر.

والخلاصة أن المشرعين المصري والاردني قدأخذا بمعيار قريب من معيار الشي الخطر الذي يأخذ به القضاء الفرنسي، فأقاما الخطأ أو التقصير المفترض في جانب الحارس على فكرة العناية الخاصة التي تحتاج اليها حراسة الشيء، باعتبار أن الشيء قد يكون خطراً بطبيعته أو خطراً بظروف ملابسة فيتطلب مثل هذه العناية.

المطلب الثاني
أساس مسؤولية حارس الأشياء

٥٩٥ ـ **تقصير في الحراسة :** كان من رأي فريق من الشراح تأسيس مسؤولية حارس الأشياء على فكرة تحمل التبعة، إلا أنه يعاب على هذا الرأي أنه لو أخذنا بفكرة تحمل التبعة لوجب مسألة المنتفع لا الحارس، ولما أمكن دفع هذه المسؤولية إلا بنفي رابطة السببية أي باقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي.

والرأي الراجح يذهب الى أن أساس هذه المسؤولية، كما في المسؤولية عن فعل الحيوان، هو الخطأ في الحراسة (faute dans la garde)، فاذا ألحق الشيء ضرراً بالغير فيفترض أن زمامه قد أفلت من حارسه، وهذا هو الخطأ أو التقصير المفترض الذي لا يكلف المضرور باقامة الدليل عليه، بل يكفي أن يثبت أن الضرر قد وقع بفعل آلة ميكانيكية أو بفعل شيء تتطلب حراسته عناية خاصة، فان اثبت ذلك فيفترض أن الشيء قد تدخل تدخلا إيجابياً في إحداث الضرر، إلا إذا أثبت من له التصرف على الشيء أن تدخله كان سلبياً. والأصل أن من له التصرف على الشيء هو المالك إلا إذا أثبت هذا الأخير أن الشيء كان في حراسة غيره وقت وقوع الضرر.

٥٩٦ ـ **دفع المسؤولية :** يختلف حكم القانون المصري عن حكم القانون الأردني في شأن طريقة دفع المسؤولية عن الحارس. ذلك أن أساس مسؤولية حارس الأشياء في القانون المصري هو الخطأ في الحراسة، وأنه كلما الحق الشيء ضرراً بالغير يفترض وقوع هذا الخطأ بافلات زمام الشيء من يد الحارس. والخطأ هنا مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس، بمعنى أنه لا يجوز للحارس في سبيل دفع المسؤولية عن نفسه إثبات أنه قام بواجب العناية حتى لا يفلت زمام الشيء من يده، لأن هناك التزاماً قانونياً على كل حارس بأن يبقى الشيء تحت سلطته الفعلية، وهذا الالتزام يعتبر التزاما بتحقيق نتيجة لا التزاما ببذل عناية، فان لم ينفذ الحارس هذا الالتزام فقد تحقق الخطأ دون حاجة إلى البحث عن سبب تحققه، ولذا لا يغني الحارس شيئا إثبات أنه لم يقصر في تنفيذ هذا الالتزام.

على أن قرينة الخطأ هذه اذا كان لا يستطاع نفيها، الا أنه من الممكن دفع المسؤولية بنفي علاقة السببية بين الخطأ المفترض والضرر، و يكون ذلك باثبات السبب الاجنبي أي باثبات القوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المضرور نفسه.

وقد كان من الممكن الأخذ بالأحكام السابقة في القانون الاردني، لولا أن المادة ٢٩١ مدني نصت صراحة على استثناء مالا يمكن التحرز منه تطبيقا للقاعدة الشرعية أنه لا تكليف الا بمقدور، بمعنى أنه يجوز للحارس في هذا القانون دفع المسؤولية عن نفسه باثبات أنه قد اتخذ كافة الاحتياطات اللازمة لمنع ضرر الشيء عن الغير، وأن الضرر لم يكن في الاستطاعة منع وقوعه.

هذا و يلاحظ أن حكم المادة ٢٩١ مدني اردني (م١٧٨ مدني مصري) لا يعمل به اذا وجدت رابطة تعاقدية بين المسؤول والمضرور، كما لو عرض الطبيب أحد المرضى لآلة من آلات الأشعة فأصابه بضرر، فان مسؤولية الطبيب في هذه الحالة تكون مسؤولية عقدية عن الأشياء، لا مسؤولية على فكرة تحمل التبعة كما هو الشأن في مسؤولية رب العمل عن حوادث العمل، وعلى هذا نصت المادة ٢٩١ (م ١٧٨ مصري) مدني بقولها «.... هذا مع عدم الاخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة».

الباب الثاني
الفعل النافع
أو
الاثراء بلا سبب
L'enrichissement Sans Cause
مقدمـــــة

٥٩٧ ـ **مضمون القاعدة وتاريخها** : من مقتضى قاعدة الاثراء بلا سبب أن على كل من أثرى على حساب غيره دون سبب قانوني أن يرد لمن افتقر من جراء هذا الاثراء قدر ما أثرى به وفي حدود ما لحق المفتقر من خسارة.

واذا كانت هذه القاعدة تعتبر من بديهيات القواعد القانونية، التي تسندها مبادىء العداله و يقضي بها القانون الطبيعي، الا أنها مع ذلك لم تعرف كقاعدة عامة في الفقه الغربي إلا في أواخر القرن التاسع عشر، ولذا لم يضع القانون الفرنسي في شأنها نصاً عاماً، بل اقتصر على إيراد تطبيقات لها.

أما الفقه الاسلامي فقد عرف هذه القاعدة، استناداً الى الحديث الشريف «لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جاداً ولا لاعبا»، وكذلك الحديث الشريف «على اليد ما أخذت حتى تؤديه».

وقد أخذ كل من القانونين الاردني والمصري بهذه القاعدة كمصدر عام من مصادر الحق أي الالتزام، وسنتناول فيما يلي بحث القاعدة ثم استعراض تطبيقاتها (١).

١. «سافتييه» رسالة من «بواتييه» سنة ١٩١٦ ـ «لو يس لوكاس» رسالة من «دريجون» سنة ١٩١٨ ـ «موري» رسالة من «تولوز» سنة ١٩٢٠ ـ «مارفان» رسالة منشورة في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٤٩ في عددي يناير وفبراير ـ «ريبير وتيسير» المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٠٤ ـ «بيكار» المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٢٢.

الفصل الأول
القاعدة العامة في الاثراء بلا سبب
أو
الكسب بلا سبب

٥٩٨ ـ **النصوص القانونية :** تنص المادة ٢٩٣ من القانون المدني الأردني على أنه «لا يسوغ لأحد أن يأخذ مال غيره بلا سبب شرعي، فان أخذه فعليه رده».

وتقضي المادة ٢٩٤ بأنه «١ ـ من كسب مالا من غيره بدون تصرف مكسب وجبت عليه قيمته لهذا الغير ما لم يقض القانون بغير ذلك. ٢ ـ لو خرج ملك شخص من يده بلا قصد واتصل قضاء وقدراً بملك غيره اتصالا، لا يقبل الفصل، دون ضرر على أحد المالكين، تبع الأقل في القيمة الأكثر، بعد دفع قيمته، ما لم يقض القانون بغير ذلك».

وتقرر المادة ٢٩٥ أنه «من تبرع من ماله لحساب غيره بأمره فلا يرجع على الآمر الا اذا اشترط الرجوع عليه».

وتنص المادة ٣١١ على أنه «لا تسمع دعوى الاثراء بلا سبب في جميع الأحوال المتقدمة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بحقه في الرجوع. وعلى كل حال لا تسمع الدعوى بانقضاءخمس عشرة سنة من اليوم الذي نشأ فيه حق الرجوع».

ظاهر من نص المادة ٢٩٣ والمادة ١/٢٩٤ أن المشرع الاردني قد أخذ بالاثراء بلا سبب أو الكسب بلا سبب كما يسميه كمصدر مستقل من مصادر الالتزام.

و يعنينا قبل البحث في نظرية الاثراء بلا سبب أن نستبعد من دراستنا هنا حكم المادة ٢/٢٩٤ التي تتكلم في اتصال ملك شخص بملك غيره قضاء وقدراً، اتصالا لا يمكن فصله دون ضرر، لأن حكم هذه المادة يجبه ما أورده المشرع الاردني في شأن الاتصال أي الالتصاق كسبب من أسباب اكتساب الملكية في المواد ١١٣١ وما بعدها.

الفرع الأول
أركان الاثراء بلا سبب

٥٩٩ ـ **ركنان :** لتحقق الاثراء بلا سبب يجب توافر ركنين وهما :
أولا ـ اثراء يترتب عليه افتقار مقابل.
ثانيا ـ انعدام السبب القانوني لهذا الاثراء.

وسنتناول فيما يلي بحث هذين الركنين.

المبحث الأول
إثراء يترتب عليه افتقار مقابل

٦٠٠ ـ **عناصر هذا الركن :** اذا حللنا هذا الركن نجد أنه يتضمن في الواقع عناصر ثلاثة وهي : أولا ـ إثراء المدين. ثانياً ـ افتقار الدائن. ثالثاً ـ توافر علاقة سببية مباشرة بين الاثراء والافتقار.

وسنبحث فيما يلي كل عنصر من هذه العناصر الثلاثة.

المطلب الأول
الاثراء

٦٠١ ـ **المقصود بالاثراء :** يقصد بالاثراء كل منفعة مادية أو معنوية يمكن تقويمها بالمال، كاكتساب مال جديد من منقولات أو عقارات، أو الانتفاع به بعض الوقت، أو انقضاء دين، أو تجنيب خسارة محققه، أو اشباع حاجة مادية أو معنوية ما دام يمكن تقدير هذه الحاجة في ذاتها أو من ناحية الافتقار المقابل، كتقدير قيمة العمل الذي قام به المفتقر وتحقق به الاثراء.

والاثراء قد يكون إيجابياً أو سلبياً، كما قد يكون مباشراً أو غير مباشر، وسنتناول فيما يلي هذين النوعين من الاثراء.

٦٠٢ ـ **الاثراء الايجابي والاثراء السلبي :** قد يكون الاثراء إيجابيا كما قد يكون سلبيا. و يتحقق الاثراء الايجابي إذا اكتسب المثري حقا عينيا أو شخصيا أو حصل على منفعة مال مدة ما، كسكنى منزل بدون عقد إيجار؛ أو استفاد من عمل

المفتقر كالاستفادة من تصميم بناء لمهندس معماري، أو من لحن لموسيقى؛ أو من عمل تؤديه الخطيبة ثم تفسخ الخطبة؛ أو من وساطة سمسار إذا تمت الصفقة بعد ذلك بعيداً عنه.

ومن الأمثلة على الاثراء السلبي سداد المفتقر ديناً على المثرى، كما لو دفع المشتري لعقار مرهون دين المدين الراهن. ومن الأمثلة كذلك تجنيب المثرى خسارة محققة، كمالك منزل يستخدم متاعاً لجاره في إطفاء حريق شب في منزله فيتلفه.

٦٠٣ ـ **الاثراء المباشر والاثراء غير المباشر :** يكون الاثراء مباشراً اذا انتقلت قيمة مالية مباشرة من ذمة المفتقر الى ذمة المثرى، سواء تحقق هذا الانتقال بفعل المثرى أم بفعل المفتقر؛ ومن أمثلة الاثراء المباشر بفعل المثرى سكنى منزل المفتقر بدون عقد إيجار، أو استخدام المثرى أدوات المفتقر في بناء منزل له؛ ومن الأمثلة على الاثراء المباشر بفعل المفتقر سداد شخص ديناً على آخر، أو قيام المستأجر باصلاحات واجبة على المؤجر.

و يتحقق الاثراء غير المباشر اذا تدخل أجنبي في نقل المال إلى ذمة المثرى، سواء اتخذ عمل الأجنبي صفة العمل المادي كشخص يبني في أرض غيره بأدوات غيره؛ أم اتخذ صفة العمل القانوني كما لو عهد مشتري الأرض إلى مقاول ببناء منزل عليها، ثم فسخ بعد ذلك عقد شراء الأرض، فيكون للمقاول الرجوع على البائع بالاثراء الذي تحقق بفعل المشتري.

المطلب الثاني
الافتقار

٦٠٤ ـ **ضرورة الافتقار :** يجب للرجوع بدعوى الاثراء بلا سبب أن يقابل إثراء شخص افتقار شخص آخر، فاذا تحقق الاثراء دون الافتقار فقدت القاعدة ركناً من أركانها واستحال الرجوع بدعوى الاثراء بلا سبب، كما لو أقامت شركة مصانع في جهة ما وترتب على ذلك ارتفاع قيمة الأراضي المجاورة، فلا يجوز للشركة الرجوع على أصحاب الأراضي المجاورة بقيمة ما أثروا به، لأن هذا الاثراء لم يقابله افتقار في جانبها، إذ أن إنشاء المصانع كان لمنفعتها وقد جنت هذه المنفعة.

والافتقار قد يتمثل في فقد المفتقر حقاً عينياً أو شخصياً أو في انتقاص حق له، أو في فوات منفعة كان من حقه الحصول عليها، كصاحب منزل يسكن الغير في

منزله غصبا فيفتقر بقدر المنفعة التي فاتته وهي أجرة المنزل؛ أو صاحب مهنة يؤدي عملا لآخر دون أن يكون متبرعاً به، فيفتقر بقدر ما فاته من كسب وهو أجر عمله.

والافتقار كالاثراء قد يكون إيجابيا أو سلبيا، مباشراً أو غير مباشر، ماديا أو معنو يا.

٦٠٥ ـ **خطأ المفتقر**: قد يحدث أن يكون افتقار الدائن راجعا إلى خطأ أو تقصير وقع منه، فهل يجوز له مع ذلك الرجوع بدعوى الاثراء أم يمتنع عليه الالتجاء إليها؟

ذهب القضاء الفرنسي الى أن أساس دعوى الاثراء هو مبادىء العدالة، وأنه مما يتعارض مع هذه المبادىء أن يحتج الدائن بخطئه أو بتقصيره في رجوعه على المدين، وقد طبقت هذه القاعدة في دعوى خاصة بتقصير شركة الكهر باء، إذ أهمل عمالها في قراءة عداد أحد المشتركين لمدة خمس سنوات، ثم تبين لها الأمر بعد انقضاء هذه المدة، فلجأت الى دعوى الاثراء لمطالبة المشترك بقيمة ما استهلكه وأهمل عمالها في قيده وتسجيله، فقضت محكمة «ليون» برفض الدعوى تأسيسا على المبدأ السالف. غير أنه يؤخذ على هذا الرأي مجافاته لقواعد العدالة التي يستند اليها، ذلك أن العدالة تقتضي عدم جواز إثراء شخص بلا سبب على حساب غيره، وأن تعو يض المفتقر في حدود إثراء المثري واجب لتحقيق التعادل بين الذمتين، سواء صاحب الافتقار إهمال أم لا.

المطلب الثالث
علاقة السببية بين الاثراء والافتقار

٦٠٦ ـ **السببية المباشرة**: لا يكفي للرجوع بدعوى الاثراء بلا سبب أن يتحقق الاثراء في ذمة والافتقار في ذمة أخرى، بل يجب أن تكون هناك علاقة سببية مباشرة بين الاثراء والافتقار؛ و يسهل التدليل على هذه العلاقة اذا أمكن ردهما معا إلى واقعة واحدة، كما لو دفع شخص دين غيره، فواقعة دفع الدين هي السبب المباشر في افتقار الأول وفي إثراء الثاني.

أما إذا كان الاثراء غير مباشر فيصعب الأمر، ومع ذلك يمكن القول بتوافر السببية المباشرة في هذه الحالة إذا تبين أن إثراء المدين ما كان ليتحقق لولا افتقار الدائن، والمسألة هنا راجعة إلى تقدير قاضي الموضوع.

واذا تعددت أسباب الاثراء فيمكن أن نطبق في شأنها نظرية السبب المنتج السابق الأخذ بها في المسؤولية التقصيرية، واذا تبين أن الافتقار كان هو السبب المنتج للاثراء تحققت السببية المباشرة بينهما.

و يخلص مما تقدم أنه لا رجوع للمفتقر على المثرى إذا انعدمت السببية المباشرة بين الافتقار والاثراء، كما لو انفق «نسابة» من ماله وجهده في سبيل الحصول على معلومات تدل وارثاً على ميراث؛ فاذا فرض أن الوارث كان يعلم بحقه في الميراث بطريق آخر، فلا رجوع «للنسابة» عليه، لأن إثراء الوارث كان يتحقق بغير حاجة الى افتقار «النسابة».

المبحث الثاني
انعدام السبب القانوني للاثراء

٦٠٧ ـ **المقصود بالسبب** : يشترط لرجوع المفتقر على المثرى ألا يكون للاثراء سبب؛ ولكن ما المقصود بكلمة السبب هنا؟

ذهب فريق من الشراح إلى أن الاثراء يعتبر بلا سبب إذا كان غير عادل (enrichissement injuste) أي إذا كان فيه مجافاة للأخلاق؛ ولكن يعاب على هذا الرأي أنه يجرد المعاملات من أسباب الثبات، فمثلا من يشتري شيئاً بثمن يقل بكثير عما يساويه، يثري إثراء غير عادل على حساب الطرف الآخر، ومع ذلك لا يجوز إعمال قاعدة الاثراء والا اضطربت المعاملات، بل يتعين الأخذ بأحكام البيع، ولا مخرج من هذه الأحكام إلا بتطبيق قواعد التغرير والغبن.

والرأي السائد فقها، هو أن المقصود بالسبب السند القانوني الذي يولد للمثرى حقا في الاحتفاظ بما أثرى به، فاذا انعدم السبب بهذا المعنى أي إذا انعدم السبب الانشائي جاز للمفتقر الرجوع بدعوى الاثراء.

ولما كان السبب الانشائي لا يخرج أن يكون تصرفاً قانونياً أو حكماً من أحكام القانون، فسنبحث في الاثراء اذا كان سببه أحد هذين الأمرين.

٦٠٨ ـ **سبب الاثراء تصرف قانوني** : اذا كان سبب الاثراء تصرفاً قانونياً، وعادة يكون عقداً كبيع أو هبة، فلا محل لأعمال قاعدة الاثراء، لأن هذه القاعدة لا يلجأ إليها إلا إذا لم يكن للاثراء سبب، وهنا وجد السبب وهو العقد، والى أحكام هذا العقد يرجع في تحديد حقوق كل من الطرفين.

والـغـالب أن يتم العقد بين المفتقر والمثرى، ولكن هل يجوز أن يتم بين المثرى والـغـير فـيمـتنع مع ذلك الرجوع بدعوى الاثراء؟ قد يقال في هذه الحالة أن أحكام الـعـقـد المـبرم بـين المـثرى والغير لا تنصرف إلا إلى طرفيه وخلفهما، أما المفتقر وهو اجنبي عن هذا العقد فلا يحتج عليه به وفقاً لقاعدة قصور حكم العقد على عاقديه، وعلى ذلك لا يكـون هـذا الـعقد سببا للاثراء بالنسبة اليه، و يكون له بالتالي الرجوع على المثري بدعوى الاثراء؛ غير أنه يلاحظ أن المفتقر إذا كان في هذا الفرض أجنبيا عـن الـعـقد، إلا أن هذا لا يمنع من أن العقد يعتبر بالنسبة إليه واقعة قانونية، وأنه بـهذا الوصف يحتج به عليه، وعلى ذلك يمتنع عليه الرجوع بدعوى الاثراء. فمثلا إذا اتـفـق مـسـتـأجـر مـحل تجاري مع المالك على أنه سيرد إليه أدوات المحل التجاري في حـالـة جـيدة عـنـد انـتـهـاء عقد الايجار، ولتنفيذ هذا الالتزام اشترى المستأجر أدوات جـديـدة سـلـمـهـا إلى المـالـك ولـم يـدفـع ثمنها الى البائع، فلا رجوع للبائع على المالك بـدعـوى الاثـراء، لأن إثـراء المـالـك في هـذه الحالة كان له سبب هو العقد المبرم بينه و بـيـن المـسـتـأجـر. والـحـل الـسـابق واجب الأخذ به ولو كان العقد المبرم بين المثري والغير من عقود التبرع كالهبة مثلا.

هـذا و يـلاحـظ أن المـشـرع الاردنـي قد نص في المادة ٢٩٥ مدني على أن «من تـبرع من ماله لحساب غيره بأمره، فلا يرجع على الآمر إلا إذا اشترط الرجوع عليه». مـن ذلـك أن يـأمـر أحـد غيره أن يهب عنه مبلغاً إلى شخص معين، فاذا فعل المأمور ذلك وأنفق من ماله ما أمره به، فلا يرجع وفقاً لهذا النص بشيء مما انفق على الآمر إلا إذا اشترط الضمان والرجوع عليه.

يـؤخـذ عـلى هـذا الـنـص ــ في اعـتـقـادنـا ــ أن في أمـر الآمـر للـمأمور بالهبة ما ينطوي على فكرة النيابة، والأصل أن للنائب الرجوع على الأصيل بما أنفق.

٦٠٩ ــ **سـبـب الأثـراء حـكـم من أحكام القانون:** يمتنع على المفتقر الرجوع على المثري بـدعـوى الاثـراء بـلا سـبـب اذا اسـتـنـد المثري في إثرائه الى حكم من احكام القانون، فالعمل غير المشروع أي الفعل الضار يعتبر سببا للضمان ولذا فلا رجوع على مـن لـه الـحـق فـيـه بدعوى الاثراء. وقوة الشيء المحكوم به تعتبر أيضاً سبباً للاثراء فـاذا اسـتـبـعـد أحد دائني التفليسة يحكم له قوة الشيء المحكوم به لأنه لم يتقدم في المـيـعـاد القانوني، فلا رجوع له بدعوى الاثراء على السنديك أو على احد الدائنين... وهـكـذا يـمـتـنـع الالتجاء إلى دعوى الاثراء كلما توافر حكم من أحكام القانون يصلح لأن يكون مصدراً للاثراء.

الفرع الثاني
أحكام الاثراء بلا سبب

٦١٠ ـ **الدعوى والضمان:** اذا تحقق الاثراء ترتب في ذمة المثرى التزام بتعو يض المفتقر عن الخسارة التي لحقته، ولما كانت دعوى الاثراء هي وسيلة المفتقر في الحصول على الضمان، فسنتكلم أولا في بعض المسائل التي تثيرها هذه الدعوى ثم نعقبها بالكلام في التعو يض.

المبحث الأول
الدعوى

٦١١ ـ **الأهلية الواجبة في طرفي الدعوى:** لا يشترط في المفتقر وهو المدعي ولا في المثري وهو المدعى عليه أهلية ما، فناقص الأهلية أو عديم التمييز يجوز أن يكون مدعياً أو مدعى عليه في دعوى الاثراء؛ وهذا الحكم يمليه منطق القانون الذي لا يصرف قواعد الأهلية إلا للالتزامات الادارية، ولما كان مصدر التزام المثري هي الواقعة القانونية لا العمل القانوني فلا محل لتطلب أهلية ما فيه، وهو نفس الحكم الذي أخذ به المشرع الأردني بالنسبة للفعل الضار (م٢٥٦ مدني) لأن هذا الفعل هو بدوره واقعة قانونية.

٦١٢ ـ **عدم سماع دعوى الاثراء:** رأينا أن المادة ٣١١ مدني أردني تنص عل أنه «لا تسمع دعوى الاثراء بلا سبب في جميع الأحوال المتقدمة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بحقه في الرجوع. وعلى كل حال لا تسمع الدعوى بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي نشأ فيه حق الرجوع»(١).

وحكم هذه المادة ينصرف إلى جميع حالات الاثراء بلا سبب التي عنى المشرع بذكرها وهي قبض غير المستحق، والفضالة، وقضاء دين الغير. والدعوى لا تسمع وفقاً لهذا النص بأقرب الأجلين وهما:

أولا ـ ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن أي المفتقر بحقه في الضمان أي من اليوم الذي علم فيه بافتقاره وبمن أثرى من هذا الافتقار.

ثانياً ـ خمس عشرة سنة من يوم نشوء الالتزام. والغالب الا تسمع الدعوى

---

١. يلاحظ أن المشرع الأردني قصر مدة عدم سماع الدعوى في حالة الالتصاق على سنة (م ٢/١١٣٢ مدني).

بمضي المدة الأولى أي بمضي المدة القصيرة، غير أنه قد يحدث الا تسمع بمضي المدة الثانية اذا كان الباقي منها أقصر من المدة الأولى. فلو مضى على قيام الالتزام ثلاث عشرة سنة قبل أن يعلم المفتقر بحقه في الضمان، فانه في هذه الحالة لا تسمع الدعوى بمضي المدة الطويلة لأن الباقي منها أقل من المدة القصيرة.

المبحث الثاني
الضمان

٦١٣ ـ **حدود التزام المثري :** تنص المادة ١/٢٩٤ مدني أردني على أن «من كسب مالا من غيره بدون تصرف مكسب وجبت عليه قيمته لهذا الغير ما لم يقض القانون بغير ذلك». أي أن على المدين وهو المثري رد قيمة المال الذي اكتسبه بلا سبب، وهو ما يعادل قيمة الافتقار الذي أصاب الدائن أي المفتقر، أي أن الضمان هنا لا يكون كما في حالة المسؤولية التقصيرية بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب (م ٢٦٦ مدني).

فأما الالتزام بالتعويض في حدود قيمة المال أي في حدود الاثراء، فعلته أن المثري لا يحاسب على فعل ضار ارتكبه فيلزم بتعويض كامل الخسارة كما هو الشأن في حالة المسؤولية التقصيرية، وإنما يحاسب على ما ناله من إثراء فعلا، ولذا لا دخل لحسن أو سوء النية في تقدير الضمان.

وأما الالتزام بالتعويض في حدود الافتقار، فيرجع الى استناد الدعوى إلى المصلحة، فان تخلفت الثانية، انتفت الأولى، ولما كان ما زاد من إثراء على خسارة المفتقر لا مصلحة للأخير فيه، فلا دعوى للمطالبة به.

والضمان يأخذ عادة صورة مبلغ من النقود، ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يكون عينياً يتمثل في رد عين معينة.

٦١٤ ـ **كيفية تقدير الاثراء :** قد يكون الاثراء الذي دخل في ذمة المثري نقداً أو تحسينات أو منفعة أو خدمة، كما قد يكون مجرد إثراء سلبي.

فاذا كان الاثراء نقداً، كما إذا استولى المثري على مبلغ من النقود للمفتقر فان قيمة الاثراء هو هذا المبلغ النقدي بقدره العددي دون نظر الى ارتفاع أو انخفاض قيمة العملة (م ١٦٢ مدني). أما الفوائد فلا تستحق إلا من وقت المطالبة القضائية بها.

واذا كان الاثراء تحسينات استحدثها المفتقر في مال المثري كأعمال

الترميمات مثلا، فيقدر الاثراء بما زاد في مال المثري بسبب هذه التحسينات وقت إحداثها.

واذا كان الاثراء منفعة، كما لو سكن المثري منزل المفتقر بغير حق. أو كما لو استهلك كهرباء أوماءعن طريق أسلاك أو مواسير خفية، فتقوم المنفعة بأجرة المثل أو بثمن الكهرباء أو الماء بالسعر المحدد لهما دون نظر إلى حسن أو سوء نية المثري.

واذا كان الاثراء خدمة أو عملا، فيقوم بقدر الفائدة التي عادت على المثري نتيجة لهذه الخدمة أو هذا العمل، كما لو قرب سمسار ما بين البائع والمشتري ثم تمت الصفقة بعيدة عنه.

وفي جميع الصور السالفة كان الاثراء إيجابياً، ولكن الاثراء قد يكون سلبيا كما في حالة قضاء دين الغير، وهو ما سنتناوله فيما بعد.

٦١٥ ـ **كيفية تقدير الافتقار :** الافتقار كالاثراء من ناحية تقديره. فاذا كان الافتقار نقداً فقد تساوى مع الاثراء، لأن ما دخل في ذمة المثرى مماثل في مقداره لما خرج من ذمة المفتقر، فيكون الافتقار هو المبلغ النقدي وفوائده من يوم المطالبة القضائية بهذه الفوائد.

واذا كان الافتقار تحسينات استحدثها المفتقر في مال المثري قدر هذا الافتقار بما أنفق في استحداثها.

واذا كان الافتقار منفعة استهلكها المثري فيكون مدى الافتقار هو مدى الاثراء، و يعطى المفتقر تعويضاً يساوي قيمة هذه المنفعة.

واذا كان الافتقار خدمة أو عملا أداه المفتقر، فيقدر الافتقار على أساس القيمة التجارية للخدمة أو العمل وإن اتصل هذا العمل أو هذه الخدمة بمهنة المفتقر؛ أو على أساس ما تكبده المفتقر من نفقات وما فاته من ربح معقول بسبب قيامه بهذه الخدمة أو العمل اذا لم تتصل الخدمة أو العمل بمهنة.

٦١٦ ـ **وقت تقدير الافتقار :** الأصل أن يقدر الاثراء وقت تحققه قياساً على ما جاء في شأن الغصب (م ٣/٢٧٩ مدني)، أما الافتقار فيرجع في تقديره إلى وقت صدور الحكم، و يمكن تعليل هذا الفرق بين الاثراء والافتقار فيما يتعلق بوقت تقدير كلا منهما، بأن الاثراء يدخل في ذمة المثري من وقت تحققه و يصير جزء من ماله، له غنمه وعليه غرمه؛ أما الافتقار و يقابل الضرر في المسؤولية التقصيرية فان طبيعته لا تسمح بتقديره تقديراً نهائياً إلا من وقت صدور الحكم، وذلك لاحتمال تغيره حتى هذا الوقت.

الفصل الثاني
تطبيقات الاثراء بلا سبب

٦١٧ ـ **بيان التطبيقات :** عني المشرع الاردني بايراد بعض تطبيقات للاثراء بلا سبب وهي: قبض غير المستحق، والفضالة، وقضاء دين الغير، وسنتناول فيما يلي بحث كل من هذه التطبيقات.

الفرع الأول
قبض غير المستحق

٦١٨ ـ **كلمة عامة :** قبض غير المستحق أو بتعبير أدق دفع غير المستحق (paiement de L'indu) هو قيام شخص بوفاء دين غير مستحق عليه، فيكون على الموفى له رد ما أخذه، لأن في احتفاظه به إثراء بلا سبب على حساب غيره.

والفقه الاسلامي يجعل دفع غير المستحق مصدراً للالتزام في أوسع الحدود. فلو أن إنسانا أعتقد أن عليه ديناً فبان خلافه رجع بما أدى؛ ومن دفع شيئا ليس واجباً عليه، كان له استرداده، إلا إذا دفعه على سبيل الهبة(١).

وأكثر من ذلك فاننا نجد في الفقه الاسلامي صوراً أخرى لدفع غير المستحق، من ذلك أن من دفع رشوة كان له أن يستردها لأن العقد الذي دفع به الرشوة باطل؛ ومن عجل الوفاء بالدين قبل أن يحل أجله استرد ما يقابل الأجل.

المبحث الأول
شروط دفع غير المستحق

٦١٩ ـ **النصوص القانونية :** تنص المادة ٢٩٦ من القانون المدني الأردني على أن «من أدى شيئا ظاناً أنه واجب عليه، ثم تبين عدم وجوبه فله استرداده ممن قبضه إن كان قائما ومثله أو قيمته أن لم يكن قائماً».

وتقرر المادة ٢٩٧ أنه «يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم

---

١. المرحوم الاستاذ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي (ج ١ ص٥٨)، والمراجع التي ذكرها: الأشباه والنظائر الجزء الأول ص ١٩٤ ومجمع الضمانات ص٤٥٩.

تنفيذاً لدين لم يتحقق سببه أو لدين زال سببه بعد أن تحقق».

وتقضي المادة ٢٩٨ بأنه «يصح كذلك استرداد ما دفع وفاء لدين لم يحل أجله وكان الموفى جاهلا قيام الأجل».

وتنص المادة ٢٩٩ على أنه «إذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن وهو حسن النية قد تجرد من سند الدين أو مما حصل عليه من التأمينات، أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقي، المدة المحددة لسماعها، فلا يجب عليه رد ما قبض، ولمن أوفى أن يرجع على المدين الحقيقي بالدين و بالتضمين إن كان له محل»..

ظاهر من هذه النصوص أنه يشترط لالتزام الموفى له قبل الموفي وفقاً لقواعد دفع غير المستحق توافر شروط ثلاثة وهي :

أولا ـ الوفاء بدين غير مستحق. ثانيا ـ اعتقاد الموفى التزامه بالدين. ثالثا ـ عدم تجرد الموفى له حسن النية من سند الدين أو من تأميناته أو عدم تركه دعواه لا تسمع بمضى المدة.

المطلب الأول
الوفاء بدين غير مستحق

٦٢٠ ـ **عناصر الشرط** : يتضمن هذا الشرط أمرين : ١ ـ وفاء. ٢ ـ دين غير مستحق.

٦٢١ ـ **وفاء** : يشترط لأعمال دفع غير المستحق أن يكون هناك وفاء تلحق به صفة التصرف القانوني، و يخضع تبعاً لذلك للقواعد العامة في إثبات التصرفات القانونية وعلى وجه الخصوص ما تعلق منها بنصاب الاثبات بالكتابة أو البينة؛ ولا يشترط في الوفاء أن يكون وفاء مباشراً لأن عبارة المادة ٢٩٦ مدني عامة تتناول جميع ضروب الوفاء كالمقاصة مثلا. واذا لم تتحقق للعمل صفة الوفاء، فلا تطبق قاعدة دفع غير المستحق، بل القاعدة العامة في الاثراء بلا سبب (كالبناء في أرض الغير مثلا).

٦٢٢ ـ **دين غير مستحق** : يعتبر الدين غير مستحق في الحالات الآتية :

الحالة الأولى ـ اذا كان الدين غير موجود وقت الوفاء : و يرجع عدم وجود الدين الى سبب من الأسباب الآتية :

١ ـ إذا كان الدين منعدماً من الأصل كما لو دفع المدين أكثر من الدين المستحق عليه، فيكون التزامه بالنسبة إلى الجزء الزائد غير موجود.

٢ ـ إذا كان الدين موجوداً في الظاهر بأن كان مصدره عقداً مطلق البطلان.
٣ ـ اذا كان الدين ديناً طبيعياً أي لا جبر في تنفيذه (م ٢/٣١٣ مدني).
٤ ـ اذا كان الدين قد انقضى قبل الوفاء بسبب من أسباب الانقضاء كالمقاصة أو الابراء.

الحالة الثانية ـ اذا كان الدين مؤجل الاستحقاق ولكن لم يستحق أو لما يستحق: وهذه الحالة تتناول فرضين:

الأول: أن يكون الدين معلقا على شرط واقف و يفي به المدين قبل تحقق الشرط أو بعد تخلفه (م ٣٩٢ مدني).

الثاني: أن يدفع المدين الدين قبل حلول أجله جاهلا قيام الأجل (م ٢٩٨).

الحالة الثالثة ـ اذا كان الدين مستحقا وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق: تختلف هذه الحالة عن الحالتين السابقتين في أن الدين كان موجوداً ومستحقاً وقت الوفاء ولكن زال سببه بعد ذلك. ومن صور هذه الحالة أن يكون الدين معلقاً على شرط فاسخ أو ان يكون واجباً بمقتضى عقد قابل للفسخ، فاذا تحقق الشرط الفاسخ أو انحلت الرابطة التعاقدية بالفسخ وجب إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد نزولا على حكم الأثر الرجعي للفسخ، و يكون للموفي تبعاً لذلك استرداد ما وفاه.

المطلب الثاني
اعتقاد الموفي التزامه بالدين

٦٢٣ ـ **دور الغلط في الوفاء:** لا يكفي أن يقوم الموفى بدفع دين غير مستحق، بل يجب كذلك أن يكون واقعاً في غلط، أي معتقداً وقت الوفاء أنه ملزم بأداء الدين. والغلط مفروض لا يكلف الموفي باثباته، لأنه لا يعقل أن يدفع شخص دينا غير مستحق إلا اذا كان واقعا في غلط في القانون أو في الواقع.

غير أن القرينة القانونية على الغلط قرينة بسيطة يجوز للموفى له نفيها باثبات أن الموفي كان يعلم وقت الوفاء عدم التزامه بالدين. فان أثبت الموفى له ذلك قامت قرينة قانونية في صالحه على أن للوفاء سبباً، هو رغبة الموفي في إسداء خدمة أو عمل تبرع أو تنازل عن أجل أو إجازة عقد فاسد.

على أن القرينة الأخيرة التي تقوم في صالح الموفى له هي بدورها قرينة

بسيطة يستطيع الموفي نقضها باثبات أنه مكرها على الوفاء، كأن يوفى المدين بالدين مرتين خشية التنفيذ على أمواله لعدم عثوره على المخالصة بالوفاء الأول، فان عثر عليها فله استرداد ما وفاه ثانية.

٦٢٤ ـ اختلاف أحكام القانونين المصري والأردني في شأن الوفاء من ناقص الأهلية: يجوز لناقص الأهلية في القانون المصري (م ١٨١ مدني) استرداد ما وفاه، لأن نقص الأهلية عيب من شأنه إبطال الوفاء في هذا القانون حتى ولو كان ناقص الأهلية يعلم وقت الوفاء عدم التزامه به.

أما في القانون المدني الأردني فتنص المادة ٣١٨ على أنه «يشترط للبراءة من الدين أن يكون الموفي مالكاً لما وفى به، واذا كان المدين صغيراً مميزا...... ودفع الدين الذي عليه صح دفعه مالم يلحق الوفاء ضرراً بالموفي». أي أن الأصل في هذا القانون هو صحة الوفاء من ناقص الأهلية، وامتناع استرداده ما وفاه، إلا أن يكون هذا الوفاء قد الحق ضرراً به.

المطلب الثالث

عدم تجرد الموفى له حسن النية من سند الدين أو من تاميناته
أو عدم تركه دعواه لا تسمع بمضي المدة

٦٢٥ ـ حكمة هذاالشرط: الأصل أنه اذا قام غير المدين بوفاء الدين معتقداً أنه ملزم بأدائه، فله أن يسترد ما أدى وفقاً للقواعد الخاصة بدفع غير المستحق، سواء كان الدائن حسن النية أم سيئها.

غير أن المشرع رأى رعاية للدائن حسن النية حرمان الموفي من الرجوع عليه بدعوى استرداد غير المستحق، اذا كان الدائن حسن النية ـ اعتماداً على الوفاء الحاصل ـ قد تجرد من سند دينه بأن أعدمه أو أهمل في المحافظة عليه؛ أو تجرد مما حصل عليه من تأمينات ضامنة للدين، بأن أبرأ ذمة الكفيل، أو ترك دعواة قبل المدين الحقيقي لا تسمع بمضي المدة (م ٢٩٩ مدني اردني).

واذا كان في هذا الحكم تضحية بحق الموفي قبل الموفى له، إلا أنها تضحية لها ما يبررها، ذلك أن الموفي قد دفع بخطئه الدائن حسن النية إلى الأطمئنان إلى صحة الوفاء الحاصل وتجرد من سند الدين (أو ما يعادل ذلك)، مما سد أمامه سبيل الرجوع على المدين الحقيقي، فوجب أن يتحمل الموفى نتيجة خطئه بأن يحرم من

الرجوع على الموفى له.

٦٢٦ ـ **رجوع الموفي على المدين الحقيقي بدعوى الاثراء:** إذا امتنع على الموفي الرجوع على الدائن حسن النية بدعوى استرداد غير المستحق، كان له الرجوع على المدين الحقيقي بدعوى الاثراء بلا سبب، ذلك أن الأخير وقد انقضى دينه بالوفاء الحاصل قد أثرى على حساب الموفي بلا سبب.

واذا كان يخشى من تواطؤ الدائن مع الموفي على عمل مخالصة بالدين يقدم تاريخها لتصوير حصول الوفاء قبل تمام مدة عدم سماع الدعوى، مما ييسر على الموفي الرجوع على المدين الحقيقي بدعوى الاثراء بلا سبب، فانه من الممكن تلافي مثل هذا الاحتمال باشتراط أن يكون للمخالصة تاريخ ثابت.

٦٢٧ ـ **تقدير هذا الشرط:** إذا تأملنا في هذا الشرط الثالث لوجدنا أنه ليس بشرط عام ينصرف الى سائر حالات عدم استحقاق الدين، بل هو شرط خاص بحالة ما إذا كان الدين موجوداً ولكن في ذمة غير الموفي، وحتى في خصوصيات هذه الحالة نجد أن هذا الشرط أقرب إلى أن يكون سببا لعدم سماع دعوى استرداد غير المستحق منه الى ركن لازم لوجودها، ولذا يجري كثير من الشراح على دراسته في أسباب عدم سماع الدعوى.

المبحث الثاني
أحكام دفع غير المستحق

٦٢٨ ـ **موضوعات البحث:** سنتناول في دراسة أحكام دفع غير المستحق البحث في حالة الوفاء بدين قبل حلول الأجل، وحالة الوفاء لغير كامل الأهلية، وأخيراً ما يرجع به الموفي على الموفى له.

٦٢٩ ـ **الوفاء بدين مؤجل قبل حلول الأجل:** القاعدة أنه اذا وفى المدين دينة المؤجل مع علمه بقيام الأجل اعتبر هذا منه نزولا عن الأجل، أما اذا كان المدين يجهل قيام الآجل فله الرجوع على الدائن بدعوى غير المستحق لاسترداد ما دفعة، على أن يوفي به مرة أخرى عند حلول الأجل، وهذا هو حكم القانون المدني الاردني (م٢٩٨).

أما في القانون المدني المصري فيقتصر الرد في هذه الحالة على ما استفاده الدائن بسبب الوفاء المعجل (م١٨٣)، فاذا كان الدين الذي عجل الوفاء به مبلغا

من النقود، ولم ير الدائن رده إلى المدين على أن يؤدي اليه عند حلول الأجل، كان للمدين أن يطالب بما يغله الدين من فائدة بحسب سعرها الاتفاقي، أو بحسب سعرها القانوني اذا لم يكن هناك اتفاق على سعر للفائدة وذلك عن المدة الباقية لحلول الأجل، وفي هذا ما يحقق مصلحة الدائن في اتقاء إعسار مدينه دون إضرار بهذا الأخير.

٦٣٠ ـ **الوفاء لغير كامل الأهلية :** الأصل أن يكون الوفاء للدائن بشرط أن يكون كامل الأهلية، ولذا نصت المادة ٣٢١ من القانون المدني الأردني على أنه «إذا كان الدائن غير كامل الأهلية فلا تبرأ ذمة المدين إلا بالوفاء لوليه. واذا حصل الوفاء للدائن وهلك الموفى به في يده أو ضاع منه فلوليه مطالبة المدين بالدين».

ظاهر من هذا النص أن الوفاء المبرىء لذمة المدين، إذا كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها لصغر أو جنون، إنما هو الوفاء الحاصل لوليه أو وصيه أو للقيم عليه. أما الوفاء الحاصل لغير كامل الأهلية فلا يعتد به ولا يترتب عليه براءة ذمة المدين وانقضاء الدين؛ ولو أن للمدين إذا وفى مرة ثانية للولي أو من في حكمه، أن يرجع بدعوى الاثراء بلا سبب لاسترداد ما وفاه لغير كامل الأهلية.

هذا مع ملاحظة أنه اذا هلك الموفى به في يد الدائن غير كامل الأهلية أو ضاع منه، سواء كان السبب راجعا اليه أم لا، تحمل المدين الموفي تبعة هذا الهلاك أو الضياع.

ونرى قياساً على الحكم السابق أنه إذا كان الدائن ناقص الأهلية أو عديمها قد انفق الموفى به كالنقود فيما لا طائل ولا نفع له فيه، تحمل المدين الموفى كذلك تبعة ذلك.

٦٣١ ـ **ما يرجع به الموفي على الموفى له :** تنص المادة ٢٩٦ مدني على أن «من أدى شيئا ظاناً أنه واجب عليه، ثم تبين عدم وجوبه فله استرداده ممن قبضه إن كان قائماً ومثله أو قيمته إن لم يكن قائماً».

وتقضي المادة ٣٠٠ مدني بأن «على المحكمة أن تلزم من قبض شيئا بغير حق أن يرده الى صاحبه، ولها علاوة على ذلك ان تأمر برد ما جناه القابض من مكاسب أو منافع، ولها أيضا أن تعوض صاحب الحق لقاء ما قصر القابض في جنيه».

ظاهر من هاتين المادتين أنه يتعين على الموفى له رد ما قبضه الى الموفي أيا كان نوع الشيء الموفى به، نقوداً أو أشياء مثلية أو أشياء قيمية.

فاذا كان الموفى به نقوداً تعين على الموفى له ردها بمقدارها العددي دون اعتبار لتغير سعر العملة (م ١٦٢ مدني).

واذا كـان الموفى بـه أشـيـاء مـثـلـيـة، والمثليات كما نعلم لا تهلك، وجب رد ما يماثلها.

واذا كـان الموفى بـه مـن القيميات، سواء كانت من المنقولات أم من العقارات كـان للـموفي استـردادهـا إذا كـانـت قـائـمـة، وله في سبيل ذلك أن يرجع إما بدعوى الاستـحـقـاق وهـي دعوى عينية، وإما بدعوى غير المستحق وهـي ·عوى شخصية، لا يـكـلـف فـيـها الموفي إثبات ملكيته للشيء الموفى به. واذا هلك الموفى به القيمي، رجع الموفي بقـيـمـتـه؛ غـير أن المشرع الاردني لم يحدد هنا تاريخ تقدير القيمة أهو وقت القـبـض أم وقت الهلاك، وليس أمامنا إلا أن نقيس الحكم في هذه الحالة على حالة الغصب، فيكون تقدير القيمة يوم القبض (م ٢٧٩/٣ مدني).

هـذا و يـلاحـظ أن المشرع الاردني متأثراً بالفقه الاسلامي لم يفرق بين حالتي حـسـن أو سـؤ نـيـة الموفى لـه كـمـا فـعـل المشـرع المصري الـذي مـيز بينهما (م ١٨٥ مدين)(١)، بل ساوى المشرع الأردني بين الحالتين في شأن رجوع الموفي على الموفى له.

فـفـيـما يـتـعلق بفوائد النقود لم يحدد المشرع الاردني تاريخ استحقاقها، هل يوم الوفاء، أم يوم علم فيه الموفى له أنه قبض غير المستحق أم يوم رفع الدعوى؟ ولا يسعنا في هذه الحالة إلا القول بأن الفوائد لا تستحق إلا من تاريخ الاعذار بها، ولو كان الموفى لـه شخص حسن النية لا يعلم وقت الوفاً أنه قبض ما ليس مستحقاً لـه.

أمـا فـيما يتعلق بثمار الشيء الذي قبضه الموفى له فيتعين عليه رد ثمار الشيء الـتـي جـنـاهـا سـواء كـان حـسن أو سيء النية وقت الجني، بل يتعين عليه تعو يض الموفى لـه عن قيمة الثمار التي قصر في جنيها ولو كان شخصاً حسن النية.

كذلـك لم يفرق المشرع الأردني بين سبب هـلاك الشيء القيمي، أهو راجع إلى تـقـصـير الموفى له أم الى سبب أجنبي؟ وفقاً لظاهر المادتين ٢٩٦ و ٣٠٠ مدني، يتعين إلـزام الـموفى لـه بقيمـة الشيء أيا كان سبب الهلاك، إلا إذا أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيا في يد الموفي.

غـيـر أنـنـا نـزولا على مـقتضيات العدالة نرى أن نسترشد هنا بما أورده المشرع

---

١. تـنـص المادة ١٨٥ مـن التقنين المدني المصري على أنه «١ ــ اذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية فلا يلزم أن يرد إلا ما تسلم. ٢ ــ أما إذا كان سيىء النية فانه يلتزم أن يرد أيضا الفوائد والارباح التي جـناها، أو التي قصر في جنيها من الشيء الذي تسلمه بغير حق، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سيء النية».

الأردني في شأن مسؤولية الحائز، فاذا كان الموفى له حسن النية أخذنا بحكم المادة ٢/١١٩٥ مدني التي تقضي بأنه «لا يكون الحائز (حسن النية) مسؤولا عما أصاب الشيء من هلاك أو تلف إلا بقدر ما عاد عليه من تعو يضات أو تأمينات ترتبت على هذا الهلاك أو التلف». واذا كان الموفى له سيء النية، وعلى الموفي إثبات ذلك، أخذنا بحكم المادة ١١٩٦ مدني التي تقرر أنه «إذا كان الحائز سيء النية فانه يكون مسؤولا عن هلاك الشيء أو تلفه ولو وقع ذلك بسبب لا يد له فيه».

الفرع الثاني
الفضالة

٦٣٢ ـ **تمهيد** : الفضالة (gestion d'affaire) هي أن يتولى شخص عن قصد، ودون أن يكون ملزما بذلك شأنا نافعا عاجلا لحساب آخر. والفضالة تعتبر وفقاً للرأي السائد فقها تطبيقاً خاصاً من تطبيقات مبدأ الاثراء بلا سبب، لأن في التزام رب العمل بتعو يض الفضولي ما يمنع من إثرائه على حساب الأخير(١).

والذي يعنينا هنا، وقبل البحث في الفضالة هو التفرقة بينها و بين ما قد يشتبه بها نظم قانو نية أخرى.

فالفضالة تقترب من الوكالة لأنها تؤدي دوراً مشابهاً لها، بل إنها قد تنقلب إلى وكالة اذا أقر رب العمل عمل الفضولي (م ٣٠٢ مدني أردني)؛ كذلك قد تنتهي الوكالة الى فضالة اذا تجاوز الوكيل حدود نيابته أو استمر في عمله بعد انتهاء الوكالة.

غير أنه بالرغم من هذا التشابه بين النظامين، تختلف الفضالة عن الوكالة في أن ما يترتب عليها من التزامات بالنسبة إلى الفضولي مصدره القانون، على حين أن مصدر التزام الوكيل هو العقد. أخيراً قد تكون الفضالة تصرف قانوني أو عمل مادي، على حين أن الوكالة قاصرة على التصرفات القانونية.

كذلك تشتبه الفضالة بالاشتراط لمصلحة الغير في أن كليهما يكسب الغير حقوقاً دون تدخل من جانبه، غير أنهما يختلفان في أن مبنى الفضالة فكرة النيابة، على حين أن في الاشتراط لمصلحة الغير يكسب المنتفع حقا مباشراً قبل المتعهد نتيجة

---

١. راجع : «فلاتيه» في العقود لحساب الغير ـ «جيو» رسالة من رن سنة ١٩٢٨ ـ «بيكار» في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٢١ وما بعدها وسنة ١٩٢٢ ص ٥ وما بعدها.

للتصرف المبرم بين هذا الاخير والمشترط دون ان ينطوي الأمر على نيابة.

٦٣٣ ـ **منهج البحث :** سنتناول فيما يتعلق ببحث الفضالة دراسة أركانها ثم أحكامها.

المبحث الأول
أركان الفضالة

٦٣٤ ـ **النصوص القانونية :** تنص المادة ٣٠١ من القانون المدني الأردني على أن «من قام بفعل نافع للغير دون أمره ولكن اذنت المحكمة أو أوجبته ضرورة أو قضى به عرف فانه يعتبر نائباً عنه وتسري عليه الأحكام التالية».

وتقضي المادة ٣٠٢ بأنه «تسري قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي».

و يخلص من هذين النصين أنه يشترط لقيام الفضاله توافر أركان ثلاثة هي : أولا ـ قيام الفضولي بشأن نافع ضروري لرب العمل، وفي التقنين المدني المصري بشأن عاجل لرب العمل (م ١٨٨). ثانياً ـ نية الفضولي في أن يعمل لمصلحة الغير أي لمصلحة رب العمل. ثالثاً ـ ألا يكون الفضولي قد قام بالعمل تنفيذاً لالتزام عليه.

المطلب الأول
قيام الفضولي بشأن ضروري لرب العمل

٦٣٥ ـ **تحديد هذا الركن :** يتناول بحث هذا الركن بيان : أولا ـ طبيعة العمل بأن يكون تصرفاً قانونياً أو عملا ماديا. ثانيا ـ وصف هذا العمل بأن يكون ضروريا.

٦٣٦ ـ **طبيعة العمل:** لما كانت الوكالة لا تجوز إلا في التصرفات القانونية، ذهب فريق من الشراح إلى أن الفضالة لا تكون الا في هذه التصرفات كذلك؛ إلا أن الرأي الراجح والذي أخذ به القضاء هو أن عمل الفضولي قد يكون قد يكون تصرفاً قانونياً وقد يكون عملا ماديا (١).

والأمثلة على التصرفات القانونية كثيرة منها : أن يقبل الفضولي هبة صادرة

---

١. تنص المادة ١٥٠ من قانون الموجبات والعقود اللبناني على «أن الأعمال القانونية كالأعمال المادية يمكن أن تكون محوراً لعمل الفضولي».

إلى رب العمل، أو أن يبيع محصولات زراعية لرب العمل مما يسرع إليها التلف، أو أن يوفي بضريبة واجبة على رب العمل تفادياً لتوقيع الحجز على أمواله، أو أن يقبل اشتراطاً لمصلحة رب العمل حتى يمنع المشترط من الرجوع فيه.

والتصرفات القانونية التي يتولاها الفضولي بأسم رب العمل قد تكون من أعمال الادارة كما قد تكون من أعمال التصرف، ولا يشترط في الحالتين أن تتوافر لدى الفضولي الأهلية الكاملة لمباشرة التصرف القانوني، بل يكفي فيه أن يكون مميزاً، مثله في ذلك مثل الوكيل.

و يلتزم الفضولي باتباع قواعد الاثبات في تمسكه على رب العمل بالتصرفات القانونية التي عقدها باسمه، أما رب العمل فلا يلزم باتباع قاعدة وجوب الاثبات بالكتابة إذا زادت قيمة التصرف القانوني على نصاب الشهادة في علاقته بالفضولي، لأن التصرف القانوني بالنسبة إليه يعتبر واقعة مادية.

أما الأمثلة على الأعمال المادية التي قد يتولاها الفضولي: إطفاء حريق شب في منزل الغير، أو كبح جماح جواد انقاذاً لراكبه، أو جني محصول يخشى عليه التلف، أو نقاوة زراعة من آفة أصابتها..... الخ.

٦٣٧ ـ **وصف العمل :** يشترط في العمل الذي يقوم به الفضولي لحساب رب العمل أن يكون ضرورياً سواء في ذلك كان تصرفاً قانونياً أم عملا ماديا، واذا كانت المادة ٣٠١ مدني أردني تشترط في العمل أن يكون نافعا، فان هذا لا يكفي لتبرير تدخل الفضولي في شؤون غيره؛ فلا يجوز للفضولي أن يبني في أرض فضاء مملوكة لرب العمل لتحقيق استغلال هذه الارض، أو أن يطلب الأخذ بالشفعة لحسابِ رب العمل لأن في الأخذ بالشفعة ما يعود عليه بالنفع، أو أن يعقد صفقة لحساب رب العمل لأنها مفيدة له.... الخ. بل يشترط في العمل الذي يقوم به الفضولي أن يكون ضروريا، وهو يكون كذلك متى أذنت به المحكمة، أو استلزمته حالة الاستعجال والاضطرار أو قضى به العرف، كما أشارت إلى ذلك المادة ٣٠١ مدني.

واذا لم تتوافر في عمل الفضولي صفة الضرورة فلا يلزم به رب العمل وفقاً لأحكام الفضالة ولو كان هذا العمل نافعاً أو مفيداً إلا إذا أقر رب العمل تدخل الفضولي، فتتبع أحكام الوكالة.

وتقدير صفة الضرورة لتدخل الفضولي إنما تكون وقت التدخل، و يجب التشدد عند تقدير هذه الصفة اذا لم يكن العمل من أعمال الادارة إنما كان من أعمال التصرف.

٠المطلب الثاني
نية الفضولي في العمل لمصلحة رب العمل

٦٣٨ ـ ضرورة توافر نية العمل لمصلحة الغير: يجب أن يصدر الفضولي في عمله عن قصد تحقيق مصلحة الغير، وهذا القصد أو النية هو الذي يميز بين الفضالة والاثراء بلا سبب، فالفضولي هو من يعمل لمصلحة الغير لا لمصلحة نفسه، فان عمل لمصلحة نفسه وعاد من ذلك نفع على الغير، فلا رجوع له عليه بدعوى الفضالة بل بدعوى الاثراء اذا توافرت شروطها.

ولا ينفي عن المتدخل صفة الفضولي اعتقاده أنه يعمل لمصلحة شخص، فاذا به يعمل لمصلحة شخص آخر، لأنه يكفي في الفضالة توافر نية العمل لمصلحة الغير لا لمصلحة شخص معين بالذات.

٦٣٩ ـ جواز أن يعمل الفضولي لمصلحة نفسه ولمصلحة رب العمل في آن واحد: إذا كان من الضروري أن تتوافر لدى الفضولي نية العمل لمصلحة الغير، الا أنه لا يلزم أن تنصرف هذه النية الى العمل لمصلحة الغير وحده، بل يجوز أن تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي، في أثناء توليه شأنا لنفسه، قد تولى شأن غيره، لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر (والى هذا أشارت المادة ١٨٩ من التقنين المدني المصري). فالشريك المشتاع الذي يؤجر العين المشاعة يعمل لمصلحة شريكه وإن كان ناظراً إلى مصلحته في نفس الوقت.

المطلب الثالث
عدم وجود التزام سابق على الفضولي بالقيام بالعمل

٦٤٠ ـ عدم وجود التزام على الفضولي بتولي شأن غيره: يشترط لتحقق الفضالة ألا يكون هناك التزام على الفضولي بتولي شأن رب العمل، فاذا وجد على المتدخل التزام بذلك فلا يعتبر فضولياً، سواء في هذا كان مصدر الالتزام هو العقد كالوكالة، أم كان مصدره القانون كما هو الأمر في حالة الولي والوصي والقيم. وتطبيقاً لذلك لا يعتبر المتبوع فضوليا في تعويضه المضرور عن الضرر الذي أحدثه تابعه، لأنه مسؤول قانونا عن فعل الآخير.

٦٤١ ـ موقف رب العمل من تدخل الفضولي: الأصل ألا يعلم رب العمل بتدخل

الفضولي، وهذا هو الوضع الغالب، ولكن يحدث أن يعلم به، وفي هذه الحالة الأخيرة لا يخرج الأمر عن أحد فروض ثلاثة :

الأول ـ اذا كان رب العمل قد دعى المتدخل إلى القيام بالعمل فانه لا يعتبر فضوليا بل وكيلا. والوكالة السابقة كالاقرار اللاحق؛ بمعنى أنه اذا أقر رب العمل تدخل الغير في شؤون نفسه، سواء استوفى تدخل الغير شروط الفضالة أو لا، فانه يصبح بهذا الاقرار وكيلا، وعلى هذا نصت المادة ٣٠٢ من القانون المدني الأردني بقولها «تسري قواعد الوكالة اذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي»(١).

الثاني ـ أن يعلم رب العمل بتدخل الفضولي و ينهاه عن القيام بالعمل أو الاستمرار فيه، وفي هذا الفرض لا يعتبر المتدخل فضولياً، و يتعين عليه الامتناع عن التدخل، والا جاز لرب العمل الرجوع عليه بالضمان على أساس المسؤولية التقصيرية إذا تمخض تدخله عن ضرر؛ أما إن أسفر تدخله عن نفع فلا رجوع له على رب العمل إلا بدعوى الاثراء بلا سبب.

الثالث : أن يعلم رب العمل بتدخل الفضولي ثم يقف منه موقفاً سلبياً، أي لا يعارضه ولا يقره، وفي هذه الحالة تبقى لقواعد الفضالة ولايتها، و يتعين العمل بها.

المبحث الثاني
أحكام الفضالة

٦٤٢ ـ **منهج البحث** : سنتناول فيما يتعلق ببحث أحكام الفضالة دراسة :

أولا ـ التزامات الفضولي. ثانيا ـ التزامات رب العمل. ثالثا ـ مسائل مشتركة تتعلق بأهلية طرفي الفضالة، وأثر الموت على التزامات كل منهما.

المطلب الأول
التزامات الفضولي

٦٤٣ ـ **بيان الالتزامات** : يلتزم الفضولي وفقاً لأحكام المواد ٣٠٣ الى ٣٠٦ من القانون المدني الاردني، بالالتزامات الآتية :

١ ـ أن يمضي في العمل الذي بدأه الى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه.

---

١. تطابق المادة ١٩٠ من التقنين المدني المصري.

٢ ـ أن يخطر رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك.
٣ ـ أن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص العادي.
٤ ـ أن يقدم حسابا لرب العمل عما قام به، وأن يرد إليه ما استولى عليه بسبب الفضالة..

وسنتناول بالبحث كل التزام من هذه الالتزامات الأربعة.

٦٤٤ ـ الالتزام الأول ـ مضي الفضولي في العمل الذي بدأه الى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه: تنص المادة ٣٠٣ مدني أردني على أنه «يجب على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بدأه الى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه... الخ». والغرض من هذا الالتزام هو منع التدخل في شؤون الغير عن رعونة وخفة، لأن الأصل هو منع الفضولي من التدخل في شؤون رب العمل، ولكن اذا تدخل وتصدى لشأن ضروري لهذا الآخير، تعين عليه المضي فيه الى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه، سواء في ذلك كان العمل الذي تصدى له الفضولي عملا ماديا كاطفاء حريق أو مكافحة آفة زراعية؛ أم تصرفا قانونيا، وسواء كان التصرف القانوني قد عقده الفضولي باسمه الشخصي أم باسم رب العمل، ففي الحالتين عليه إتمامه ومباشرة تنفيذه اذا اقتضى الأمر.

٦٤٥ ـ الالتزام الثاني ـ إخطار الفضولي رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك: اذا كان على الفضولي المضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه، فيجب عليه بداهة أن يخطره بتدخله متى استطاع ذلك، ولذا يعتبر هذا الالتزام متمما للالتزام الأول، ولذا جمع بينهما المشرع الاردني في مادة واحدة كما فعل المشرع المصري، فقرر في المادة ٣٠٣ «كما يجب عليه أن يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك»[1].

٦٤٦ ـ الالتزام الثالث ـ بذل عناية الشخص العادي في القيام بالعمل: تنص المادة ٣٠٤ من القانون المدني الاردني على أن «الفضولي مسؤول عما يلحق رب العمل من أضرار وللمحكمة تحديد الضمان اذا كانت الظروف تبرر ذلك». كما تنص المادة ٣٠٥ على أنه «إذا عهد الفضولي الى غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسؤولا عن تصرفات نائبه، دون اخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب»[2].

يتناول هذان النصان كما هو ظاهر المسائل الآتية: التقصير في الفضالة، حكم

---

١. تطابق المادة ٣٠٣ مدني أردني المادة ١٩١ من التقنين المدني المصري.

٢. تطابق الفقرة الثانية من المادة ١٩٢ مدني مصري.

نائب الفضولي، ونضيف الى ذلك حكم تعدد الفضوليين.

٦٤٧ ــ **التقصير في الفضالة**: ليس التزام الفضولي التزاماً بتحقيق نتيجة وإنما هو التزام ببذل عناية، بمعنى أنه ليس على الفضولي تحقيق النتيجة المرجوة، بل بذل عناية الشخص العادي للوصول الى هذه النتيجة، فاذا قصر الفضولي أو انحرف في مسلكه عن مسلك الشخص العادي فتشغل مسؤوليته(١). غير أن لمساءلة الفضولي هنا خصوصية معينة مرجعها ما تنطوي عليه الفضالة من معنى التفضل، وأنه لم يتصد لشأن غيره الا بأذن المحكمة أو نزولا على حكم الضرورة أو ما يقضي به العرف، وهو ما يتعين على المحكمة أن تدخله في اعتبارها عند تقدير الضمان.

هذا و يلاحظ الفرق بين الانحراف أو التقصير في موضوع الفضالة، والتقصير الخارج عنها: فالتقصير في أعمال الفضالة هو الذي يمكن أن يراعي القاضي في شأنه الاعتبارات السالفة الذكر؛ أما التقصير الخارج عنها فتحكمه قواعد المسؤولية التقصيرية، وهذه تقتضي التعو يض الكامل عن الضرر المترتب عليه، كما لو أهمل الفضولي إقفال منزل جاره بعد أن أطفأ الحريق الذي شب فيه، فسرق متاع الجار لهذا التقصير.

٦٤٨ ــ **نائب الفضولي**: إذا عهد الفضولي إلى شخص آخر في أن يقوم مقامه بأعمال الفضالة كلها أو بعضها، اعتبر هذا الشخص بمثابة نائب الوكيل إذا كان العمل تصرفاً قانونياً، و بمثابة المقاول من الباطن إذا كان العمل عملا مادياً.

ونائب الفضولي يكون مسؤولا أمام الفضولي، كما يكون الفضولي مسؤولا عن تقصيره أمام رب العمل مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع.

أما عن علاقة رب العمل بنائب الفضولي، فيجوز لرب العمل الرجوع عليه بالدعوى غير المباشرة أي باستعمال دعوى مدينه الفضولي، كما يجوز له الرجوع عليه بالدعوى المباشرة كصريح نص المادة ٣٠٥ مدني؛ أما نائب الفضولي فلا يرجع على رب العمل إلا بالدعوى غير المباشرة لأن القانون لم يمنحه دعوى مباشرة قبله.

٦٤٩ ــ **تعدد الفضوليين**: إذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد فلا تضامن بينهم عن الانحراف أو التقصير في الفضالة، وقد أخذ المشرع الاردني بهذا الحكم نزولا على مقتضى الشريعة الاسلامية التي تأبى أن يسأل شخص عن فعل آخر. أما

---

١. تنص المادة ٢/٨٤١ في شأن الوكيل أنه «وعليه أن يبذل في العناية بها عناية الرجل المعتاد إذا كانت بأجر».

في القانون المدني المصري فقد نص المشرع صراحة في المادة ٢/١٩٢ على مساءلة الفضوليين على وجه التضامن عن الخطأ في الفضالة.

٦٥٠ ـ الالتزام الرابع ـ تقديم الفضولي حساباً لرب العمل ورد ما استولى عليه بسبب الفضالة: تنص المادة ٣٠٦ مدني أردني على أنه «يلتزم الفضولي بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة، وتقديم حساب عما قام به»(١).

وتقضي المادة ٨٥٦ في شأن إلتزامات الوكيل بأنه «يلتزم الوكيل بأن يوافي موكله بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه تنفيذ الوكالة، و بأن يقدم اليه الحساب عنها».

وتنص المادة ٨٤٦ على أنه «يعتبر المال الذي قبضة الوكيل لحساب موكله في حكم الوديعة، فاذا هلك في يده بغير تعد أو تقصير فلا ضمان عليه».

يخلص من هذه النصوص أن الفضولي يعتبر بمثابة وكيل فيما يقبضه من مال لرب العمل أثناء توليه شأن هذا الآخير، كما لو باع له منقولا يسرع إليه التلف؛ فيلتزم برد كل ما كسبه لحساب الموكل سواء عمل الوكيل لحساب الموكل أو عمل باسمه الشخصي. فاذا لم يرد الوكيل ما لديه من مال للموكل وتصرف فيه أو استعمله لصالح نفسه، فانه يكون قد أثرى على حساب الموكل بلا سبب.

والمال الذي يقبضه الوكيل أو الفضولي لحساب رب العمل يعتبر في حكم الوديعة، فلا يضمنه إلا إذا تعدى عليه أو قصر في حفظه(٢).

---

١. تطابق المادة ١٩٣ من التقنين المدني المصري.

٢. راجع المادة ٩٣٤ من مرشد الحيران التي تنص على أنه «اذا قبض الوكيل بالبيع الثمن، كان في يده أمانه، فلا يضمنه الا اذا تعدى عليه أو قصر في حفظه».

المطلب الثاني
التزامات رب العمل

٦٥١ ــ **النص القانوني :** تنص المادة ٣٠٧ من القانون المدني الاردني على أن «على رب العمل أن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه وأن يعوضه عن التعهدات التي التزم بها وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف، وأن يعوضه عن الضرر الذي لحق بسبب قيامه بالعمل ولا يستحق الفضولي أجراً عن عمله، إلا أن يكون من أعمال مهنته»(١).

يخلص من هذا النص أن التزامات رب العمل هي :

أولا ــ تنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي باسمه، أي باسم رب العمل.

ثانياً ــ تعويض الفضولي عن التعهدات التي عقدها باسمه، أي باسم الفضولي.

ثالثاً ــ رد النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف، ودفع أجر الفضولي متى كان العمل داخلا في أعمال مهنته.

رابعاً ــ تعويض الفضولي عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل.

٦٥٢ ــ **الالتزام الأول ــ تنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي باسم رب العمل :** إذا عقد الفضولي تصرفا قانونيا باسم رب العمل، وتحققت شروط الفضالة، اعتبر الفضولي نائباً قانونياً عن رب العمل، وبذا تنصرف إلى هذا الأخير آثار التصرف القانوني فيصبح رأسا دائناً أو مدينا لمن تعاقد معه الفضولي.

٦٥٣ ــ **الالتزام الثاني ــ تعويض الفضولي عن التعهدات التي عقدها باسمه شخصيا :** إذا تعاقد الفضولي باسمه شخصيا لمصلحة رب العمل، كما اذا تعاقد مع مقاول لترميم منزل رب العمل، فان حقوق العقد والتزاماته لا ترجع رأسا إلى رب العمل وإنما تضاف إلى الفضولي، فان أدى الفضولي هذه الالتزامات لمن تعاقد معه كان له الرجوع على رب العمل مع الفوائد من يوم الاعذار أو المطالبة القضائية بها أي بالفوائد.

٦٥٤ ــ **الالتزام الثالث ــ رد النفقات الضرورية والنافعة ودفع أجر الفضولي :** يلتزم رب العمل برد النفقات الضرورية والنافعة التي انفقها الفضولي

---

١. تقابل المادة ١٩٥ من التقنين المدني المصري.

مضافاً إليها الفوائد القانونية من يوم الاعذار والمطالبة القضائية بها (١). والتزام رب العمل برد النفقات الضرورية والنافعة واجب ولو لم يترتب على انفاقها النتيجة المرجوة، مع ملاحظة عدم المغالاة من جانب الفضولي في انفاق المصاريف النافعة.

هذا بالنسبة للنفقات، أما بالنسبة للأجر فلا يلزم رب العمل في القانونين الأردني والمصري (م ١٩٥ مدني) بدفع أجر للفضولي مقابل قيامه بأعمال الفضالة، الا اذا كان العمل داخلا في نطاق مهنته، كما هو الشأن في طبيب يقوم بعلاج مريض أو مصاب.، أو مهندس يتولى ترميم عقار، فعندئذ يكون من حقه أن يؤجر على هذا العمل.

٦٥٥ ــ **الالتزام الرابع ــ تعويض الفضولي عن الضرر الذي لحقه:** اذا أصاب الفضولي دون تقصير منه ضرر أثناء قيامه بأعمال الفضالة، كان له الرجوع بالتعويض على رب العمل عن هذا الضرر، لأن هذا يعتبر من قبيل النفقات التي تجشمها، واذا تعدد رب العمل فلا تضامن بينهم في التزاماتهم قبل الفضولي.

المطلب الثالث
مسائل مشتركة بالنسبة إلى الفضولي ورب العمل

٦٥٦ ــ **منهج البحث:** تتناول هذه المسائل المشتركة أهلية طرفي الفضالة، وأثر الموت على التزامات كل منهما.

٦٥٧ ــ **أهلية الفضولي:** يميز الفقهاء فيما يتعلق بأهلية الفضولي بين التصرفات القانونية والأعمال المادية.

فاذا كان العمل الذي قام به الفضولي تصرفاً قانونياً، فاما أن يعقده باسمه وإما أن يعقده باسم رب العمل.

فان عقده باسمه لزم أن تتوافر فيه الأهلية الكاملة لهذا التصرف، والا كان التصرف باطلا والتزم رب العمل وفق قواعد الاثراء بلا سبب.

وإن عقده باسمه رب العمل فيكفي فيه أن يكون مميزاً لأن آثار التصرف في

---

١. خرج المشرع المصري عن القاعدة الأصلية في شان استحقاق الفوائد وجعلها تسري من يوم انفاق المصاريف الضرورية أو النافعة (م ١٩٥ مدني).

هذه الحالة لن تضاف إليه بل ستضاف رأساً إلى رب العمل. ولكن هل يشترط في رب العمل في هذه الحالة أن يكون كامل الأهلية؟ هذا ما يقول به بعض الشراح، ولكننا نخالفهم في ذلك ولا نشترط في رب العمل الأهلية اللازمة للتصرف المعقود، لأن مصدر التزام رب العمل ليس إرادته بل القانون.

أما إذا كان العمل الذي قام به الفضولي عملا مادياً فيكفي فيه أن يكون مميزاً؛ والتمييز لازم لأنه يشترط لدى الفضولي قصد العمل لمصلحة رب العمل. هذا مع ملاحظة أن كل ما يأتيه الفضولي من أعمال، ولو كانت تصرفات قانونية معقودة باسمه أو باسم رب العمل، تعتبر بالنسبة الى هذا الأخير من قبيل الأعمال المادية.

هذا وتختلف أهلية الفضولي بالنسبة للالتزامات المفروضة عليه تبعا لنوع الالتزام:

فبالنسبة الى الالتزام بالمضي في العمل الذي بدأه، والالتزام باخطار رب العمل بتدخله، يكفي في الفضولي أن يكون مميزاً، لأنه إذا كان مميزاً، ولو لم يكن بالغاً سن الرشد يستطيع القيام بهذين االالتزامين، فان أخل بأحدهما شغلت مسؤوليته على أساس الاخلال بالتزام قانوني.

و بالنسبة الى الالتزام ببذل عناية الشخص العادي، والالتزام بتقديم الحساب يشترط في الفضولي أن يكون كامل الأهلية، لأن الأمر يتعلق بحسن إدارة مال الغير، فان لم تتوافر فيه الأهلية الكاملة، فلا يرجع عليه رب العمل إلا بدعوى الاثراء بلا سبب، ما لم يرتكب تقصيراً خارجا عن أعمال الفضالة فيرجع عليه بالمسؤولية التقصيرية كاملة.

٦٥٨ ــ **أهلية رب العمل**: لا يشترط في رب العمل أيه أهلية لأن مصدر التزامه بتعويض الفضولي هو الاثراء بلا سبب، و يستثنى من هذا الحكم، كما سبق أن ذكرنا حالة ما إذا عقد الفضولي تصرفاً قانونياً باسم رب العمل.

٦٥٩ ــ **أثر موت الفضولي أو موت رب العمل على التزامات الفضولي**: تنص المادة ٣٠٨ مدني أردني على أنه «١ ــ اذا مات الفضولي التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل عند انتهاء الوكالة بموت الوكيل. ٢ ــ واذا مات رب العمل بقى الفضولي ملتزما نحو الورثة بما كان ملتزماً به نحو مورثهم»(١).

وتنص المادة ٨٦٢/٤ مدني أردني على أنه «تنتهي الوكالة: ٤ ــ بوفاة الوكيل أو بخروجه عن الأهلية ولو تعلق بالوكالة حق الغير، غير أن الوارث أو الوصي إذا

١. تقابل المادة ١٩٤ من التقنين المدني المصري.

علم بالوكالة وتوافرت فيه الأهلية، فعليه أن يخطر الموكل بالوفاة وأن يتخذ من التدابير ما تقتضيه الحال لمصلحة الموكل»(١).

ظاهر من هذين النصين أنه يجب التفرقة بين حالتين: الأولى موت الفضولي، والثانية موت رب العمل.

فاذا مات الفضولي أو فقد أهليته انقضت الفضالة، مثلها في ذلك مثل الوكالة فهي تنقضي بموت الوكيل أو فقد أهليته. و يلتزم ورثة الفضولي بما يلتزم به ورثة الوكيل في هذه الحالة، فيكون عليهم اذا كانوا كاملي الأهلية وعلى علم بالفضالة، اخطار رب العمل بموت مورثهم و بالمحافظة على ما تم من العمل، والوصول إلى حالة لا يتعرض معها للتلف حتى يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه.

أما إذا مات رب العمل فلا تنقضي الفضالة، على عكس الحال بالنسبة الى الوكالة (م ٣/٨٦٢ من القانون المدني الاردني)؛ ذلك أن الوكالة علاقة شخصية مبناها العقد ولذا تنقضي بموت الموكل، أما الفضالة فليس فيها شيء من ذلك؛ فالفضولي لا يزال فضولياً بالنسبة الى الورثة كما كان بالنسة الى المورث، ولذا تستمر الفضالة بالرغم من موت الأخير.

٦٦٠ ــ **أثر موت رب العمل أو موت الفضولي على التزامات رب العمل**: لم يرد نص في شأن هذه الحالة كما ورد في شأن سابقتها، ولذا لا يبقى الا تطبيق القواعد العامة. ووفقاً لهذه القواعد اذا مات رب العمل فان التزاماته تبقى في تركته و يكون على ورثته أن يؤدوها الى الفضولي من هذه التركة؛ واذا مات الفضولي دخل ماله من حقوق قبل رب العمل في تركته وتعين على رب العمل أن يؤديها الى ورثته.

المطلب الرابع
طبيعة الفضالة

٦٦١ ــ **اختلاف الآراء**: اختلفت الآراء اختلافاً بيناً في شأن طبيعة الفضالة.

فمن رأي البعض تقريب الفضالة من الوكالة واعتبارها وكالة ضمنية، وقد دفعهم إلى ذلك ما بين النظامين من أوجه الشبه، وأن الفضالة تنقلب الى وكالة صريحة اذا أقرها رب العمل. غير أنه يعيب هذا الرأي أن من شروط الفضالة ألا يقر رب العمل تدخل الفضولي وأن يقف منه موقفا سلبيا.

١. تقابل المادة ٢/٧١٧ مدني مصري.

وذهب البعض الآخر الى أنه إذا لم يكن مصدر التزام الفضولي هو العقد، الا أن هذا لا يمنع من أن هناك عملا إرادياً من جانبه، ولذا يكون مصدر التزامه هو الارادة المنفردة. ولكن يؤخذ على هذا الرأي أن الفضولي لا يتدخل بنية الالتزام، بل إن القانون هو الذي يفرض عليه هذا الالتزام؛ وأكثر من ذلك فان فكرة الارادة المنفردة اذا كانت تفسر التزام الفضولي فلا تفسر التزام رب العمل.

وذهب البعض الثالث إلى اسناد الفضالة الى قواعد المسؤولية التقصيرية، ولكن هذا الرأي ظاهر بطلانه، إذ ليس في التدخل في شؤون الغير لتحقيق منفعة عاجلة له ما يمكن أن يوصف بالانحراف أو الخطأ.

وذهب البعض الرابع الى إرجاع الفضالة الى الاثراء بلا سبب، ولكن اذا كان في الاثراء بلا سبب ما يفسر بعض التزامات رب العمل كالالتزام بتعويض الفضولي عن التعهدات التي عقدها باسمه، والالتزام برد النفقات ودفع الأجر، والالتزام بتعويض الضرر؛ إلا أنه لا يفسر البعض الآخر منها كالالتزام بتنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي نيابة عنه. وأكثر من ذلك فان الاثراء بلا سبب إذا كان يفسر التزامات رب العمل فهو لا يفسر التزامات الفضولي.

وذهب رأي أخير الى أن مصدر الالتزامات في حالة الفضالة هو القانون، فالقانون هنا هو المصدر المباشر لهذه الالتزامات. ولكن إذا كان يمكن اعتماد هذا الرأي بالنسبة الى رب العمل لأنه يقف موقفاً سلبياً من تدخل الفضولي في شؤونه، إلا أنه لا يمكن اعتماده بالنسبة إلى الفضولي لأن التزامات هذا الأخير لا تقوم إلا إذا صدر منه عمل مادي أو إرادي والالتزامات التي يولدها القانون لا يتطلب لقيامها عمل من جانب المدين

وظاهر من كل ما تقدم أنه من العسير تحديد طبيعة الفضالة لذا لا يسلم كل رأي قيل في شأنها من النقد، ولذا يرى فريق من الشراح أن الفضالة مصدر خاص من مصادر الالتزام.

الفرع الثالث
قضاء دين الغير

٦٦٢ ـ **النصوص القانونية :** تنص المادة ٣٠٩ من القانون المدني الأردني على أنه «من أوفى دين غيره بأمره كان له الرجوع على الآمر بما أداه عنه، وقام مقام الدائن الأصلي في مطالبته به سواء اشترط الرجوع عليه أم لم يشترط».

وتقضي المادة ٣١٠ بأنه «١ ـ من أوفى دين غيره دون أمره فليس له الرجوع بما دفعه على المدين إلا وفقاً للمادة ٣٠١ ولا على الدائن إلا إذا أبرأ المدين من الدين ولو بعد استيفاء دينه منه. ٢ ـ فاذا رهن شخص ماله في دين غيره وقضى الدين ليفك ماله المرهون رجع بما قضاه على المدين».

تتناول هاتان المادتان حكم الوفاء بالدين من غير المدين، وهذا الوفاء من الغير قد يتم بأمر المدين، وقد يتم بدون أمره، وسنتناول فيما يلي بحث كل حالة من هاتين الحالتين.

٦٦٣ ـ **الوفاء بأمر المدين :** الأصل أن يتم الوفاء من المدين نفسه لأنه صاحب المصلحة في قضاء الدين، وقد يتولاه عنه نائبه سواء أكانت النيابة قانونية أو اتفاقية كنيابة الولي أو الوصي أو القيم أو الوكيل. وعلى ذلك إذا وفى الغير دين المدين بأمر من هذا الأخير أي بتكليف منه، فانه يكون في حكم الوكيل عنه، و يكون له الرجوع عليه بما أداه سواء اشترط الرجوع عليه أو لم يشترط. وقد أعاد المشرع الاردني تأكيد هذا الحكم في المادة ١/٨٦٠ مدني التي تنص أنه «اذا أمر أحد غيره بأداء دينه من ماله وأداه اعتبر ذلك توكيلا ورجع المأمور على الآمر بما أداه سواء شرط الآمر الرجوع أو لم يشترط».

غير أنه لنا أن نتساءل عن المعنى المقصود من عبارة «وقام مقام الدائن الأصلي في مطالبته به» الواردة في المادة ٣٠٩ مدني، هل يقصد بها أن يحل الموفي محل الدائن الأصلي في الدين الأصلي بما له من تأمينات مقررة لضمان الوفاء به؟ أي هل نحن أمام حالة من حالات الوفاء مع الحلول، بحيث يكون للموفي الرجوع على المدين بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية وفق ما يختار؟ هذا ما لم يفصح عنه المشرع الأردني، وليس لنا أن نحمل عبارة النص أكثر مما تحتمل.

٦٦٤ ـ **الوفاء بدون أمر من المدين :** قد يتم الوفاء من غير المدين، وهذا الغير قد تكون له مصلحة في الوفاء بالدين كالكفيل العيني؛ فاذا وفى الكفيل العيني دين المدين ولو بدون أمر منه، ليطهر عقاره المرهون من الرهن، كان له الرجوع على المدين بما أداه، وهو ما نصت عليه صراحة المادة ٣١٠ مدني في فقرتها الثانية بقولها «فاذا رهن شخص ماله في دين غيره وقضى الدين ليفك ماله المرهون رجع بما قضاه على المدين». ونحن نرى أنه يمكن قياس كل حالة تكون فيها للغير مصلحة في وفاء دين المدين على ما جاء في هذا النص كحالة الكفيل الشخصي أو المدين المتضامن لاتحاد العلة.

أما إذا تم الوفاء بالدين من الغير بدون أمر من المدين، ولم يكن لهذا الغير

مصلحة في الوفاء بالدين، فيجب أن نفرق بين ما إذا كان الغير متبرعاً أم لا. فاذا كان الغير متبرعاً للمدين بقيمة الدين الذي وفاه عنه، فلا رجوع له عليه بطبيعة الحال.

أما إذا لم يكن الغير متبرعا، فله الرجوع على المدين بدعوى الفضالة اذا توافرت شروطها، وهو ما أشارت اليه المادة ١/٣١٠ مدني.

واذا تم الوفاء رغم اعتراض المدين، أو كان الموفي وقت الوفاء معتقداً أنه يفي دين نفسه، فيكون له الرجوع على أساس الاثراء بلا سبب. هذا مع ملاحظة أن للمدين الذي حصل الوفاء رغم اعتراضه أن يمنع رجوع الموفى بما وفاه عنه، إذا أثبت أنه كان له مصلحة في الاعتراض على الوفاء، كما هو الشأن في حالة المقاصة القضائية، وكما هو الأمر فيما لو كان المدين ممتنعاً عن الوفاء حتى يقوم الدائن بتنفيذ التزام عليه مرتبط بالتزام المدين.

هذا وللموفي جانب حقه في الرجوع على المدين الذي وفى الدين عنه، أن يرجع على الدائن بشرط أن يكون هذا الأخير قد أبرأ المدين من الدين ولو بعد استيفاء دينه منه (م ١/٣١٠ مدني)، والتحفظ الذي أشارت إليه هذه المادة من الصعب تفهمه على ضوء ما أورده المشرع الأردني في شأن دفع غير المستحق في المادة ٢٩٩ من أنه «إذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن وهو حسن النية قد تجرد من سند الدين أو مما حصل عليه من التأمينات، أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقي، المدة المحدودة لسماعها، فلا يجب عليه رد ما قبض، ولمن أوفى أن يرجع على المدين الحقيقي بالدين و بالتضمين إن كان له محل». فكيف يشترط لرجوع الموفي على الدائن أن يكون هذا الأخير قد أبرأ المدين من الدين !! علما بأن الموفى اذا كان معتقداً أنه وفى بدين نفسه فسيكون رجوعه على الدائن بدعوى دفع غير المستحق.

الباب الثالث
القانون
La Loi

٦٦٥ ـ **النص القانوني** : تناول المشرع الاردني القانون كمصدر للحقوق أو الالتزامات في المادة ٣١٢ مدني فقرر أن «الحقوق التي تنشأ عن القانون وحده تسري عليها النصوص القانونية التي أنشأتها» (١).

القانون كما نعلم يعتبر مصدراً لجميع الالتزامات، فالالتزامات الناشئة عن العقد أو الارادة المنفردة أو الفعل الضار أو الفعل النافع، مصدرها القانون؛ غاية الأمر أن القانون يعتبر بالنسبة لها مصدراً غير مباشر، إلا أن هناك من الالتزامات ما يعتبر القانون بالنسبة لها مصدراً مباشراً، وهذه الالتزامات تنشأ دون تدخل من جانب المدين أي دون عمل إيجابي أو سلبي منه.

والقانون لا يعتبر مصدراً مباشراً للالتزام الا اذا أنشأه بنص خاص، وهذا النص هو الذي يحدد أركان هذا الالتزام و يبين أحكامه، ولذا يتعين دراسة كل التزام قانوني بالمعنى الضيق في الموضع الذي جاء فيه النص المنشيء له.

والذي يعنينا هنا هو أن نشير إلى أن القواعد التي تحكم الالتزامات القانونية بالمعنى الضيق، هي بصفة عامة ذات القواعد التي تحكم الالتزامات غير الارادية، وأهم ما تتصف به هذه أنه لا يشترط لها أية أهلية في الملتزم، فالالتزام بالنفقة يقع على عديم الأهلية كما يقع على كاملها.

٦٦٦ ـ **تطبيقات مختلفة** : لا تقتصر الالتزامات القانونية بالمعنى الضيق على فرع معين من فروع القانون، بل نجدها في القانون المدني ما تعلق منه بالأحوال الشخصية وما تعلق منه بالأحوال العينية، كما نجدها في باقي فروع القانون الخاص، بل وفي فروع القانون العام وعلى الأخص القوانين المالية والضرائبية.

ففي نطاق الأسرة نجد الالتزام بالنفقة وقد رتبه القانون على علاقة القرابة أو الزوجية (راجع المادة ٣٥ والمواد ١٦٧ الى ١٧٣ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦)، كما نجد التزامات الأولياء والأوصياء والقوام، وأخيراً الواجبات بين الزوجين و بين الأصول والفروع مما أتت به قوانين الأحوال الشخصية.

---

١. تقابل المادة ١٩٨ من التقنين المدني المصري.

وفي نطاق الأحوال العينية نجد التزامات الجوار التي قررها القانون لصالح الجيران أنفسهم، من حيث عدم مجاوزة مضار الجوار العادية، وفي الملكية الشائعة فرض القانون التزامات قانونية لحماية كل مشتاع.

وفي مجال القوانين المالية نجد الالتزامات القانونية بدفع الضرائب سواء ما فرض منها على العقار أو المنقول أو كسب العمل أو الايراد العام؛ و بالنسبة الى كل من هذه الالتزامات نرجع الى القانون الخاص بها، فنصوص هذا القانون هي التي تحدد أركان الالتزام وتبين حكمه.

ونكتفي بهذا القدر من التطبيقات، لأن الالتزامات القانونية كثيرة منتشرة في سائر فروع القانون، والذي يعنينا في شأنها كما ذكرنا، هي أنها تخضع بوجه عام لذات القواعد التي تحكم الالتزامات غير الارادية.

تم بفضل الله وعونه

(١٥ ربيع الثاني ١٤٠٧هـ ـ ١٦ ديسمبر ١٩٨٦م)

الفهرس

مقـدمـة

صفحة

المطلب الأول

المطلب الثاني

المبحث الثاني

المطلب الأول

المطلب الثاني

الفرع الرابع

المبحث الأول

المطلب الأول

المطلب الثاني

أولا ـ العقد الصحيح والعقد الباطل

الفرع الثاني

الفصل الثاني

الفرع الأول

المبحث الأول

المبحث الثاني

الكتاب الثاني

الباب الأول
الفعل الضار
أو

الفصل الأول

الفرع الأول

الفرع الثاني

المطلب الثاني

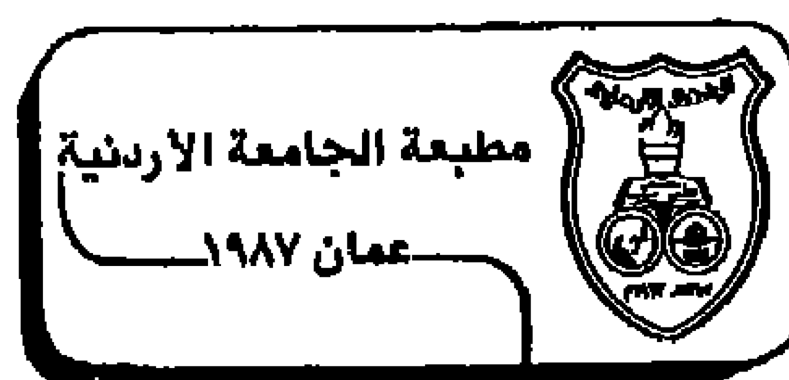
المطلب الثالث

المطلب الرابع

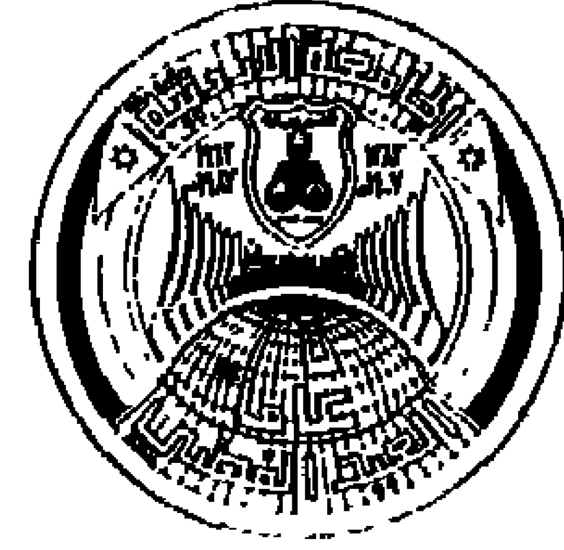
الفرع الثالث

الباب الثالث

رقم الايداع لدى مديرية المكتبات والوثائق الوطنية
(١٩٨٧/٨/٣٥٠)

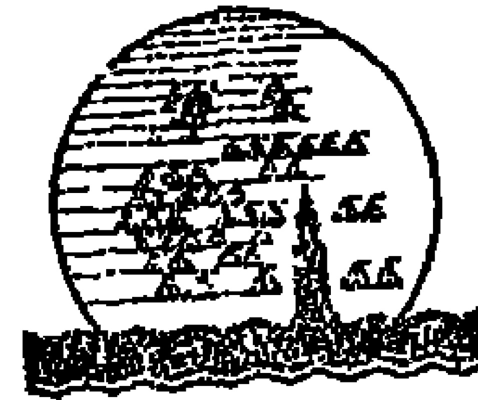


Publications of the ᶜUniversity of Jordan



Sources of Obligation in The Jordanian Civil Law

A comparative study with Islamic Jurisprudence



by

Dr. Anwar Sultan

Ex-Dean of the Faculty of Law
Alexandria
Ex. vice-president of the University
of Alexandria

Visiting Professor -Faculty of Law-
University of Jordan

First Edition

Amman 1987